This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 061 748 331

Digitized by Google

Bd. 1927

HARVARD LAW LIBRARY

Received

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

6

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

57

DE

L'ARBITRAGE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Marcel DROUIN

LICENCIÉ ÈS LETTRES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

EDITEUR

14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1886

Digitized by Google

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE

L'ARBITRAGE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS
Sera soutenu le mardi 13 avril 1886, à midi.

PAR

Marcel DROUIN
LICENCIÉ ÈS LETTRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LABBÉ.

Suffragants : MM. BUFNOIR, professeur
GLASSON id.
LE POITTEVIN, agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1886

Digitized by Google

JUN 27 1921

Digitized by Google

PRÉLIMINAIRES

Le recours à la juridiction ordinaire, si impartiaux et si éclairés que soient d'habitude les magistrats qui composent les tribunaux officiels, peut, dans certains cas, ne pas être considéré comme le meilleur moyen de terminer un procès.

Les parties redouteront parfois la longueur et la publicité des débats, l'accumulation des frais, la rigueur des solutions juridiques ; elles considèreront peut-être que la contestation, en raison de sa nature, exige, chez ceux qui seront chargés de la résoudre, des connaissances ou des dispositions d'esprit spéciales ; enfin, pour une raison ou pour une autre, elles désireront pouvoir imposer certaines règles au juge et tracer des limites à son autorité.

Dans ces divers cas, il est naturel qu'elles préfèrent confier la solution de leur différend à des particuliers de leur choix dont la mission sera déterminée à leur guise et quant à son caractère et quant à son étendue.

Leur volonté doit être respectée.

Digitized by Google

D'abord l'ordre public n'est pas intéressé, du moins en général, à ce qu'un litige tout privé soit tranché par un procédé plutôt que par un autre. De plus, les parties, maîtresses de leurs actes, peuvent s'en rapporter à la décision de qui bon leur semble. C'est là non-seulement un droit qui dérive du principe de la liberté des conventions, mais encore un fait qu'il n'y aurait aucun moyen efficace d'empêcher.

Toutefois, ce n'est pas assez que le recours à l'arbitrage soit reconnu licite.

L'autorité publique doit veiller à ce que les conventions privées soit exécutées, surtout lorsqu'elles tendent à éteindre une contestation, car sa mission principale est de veiller au maintien de l'ordre dans la société, des relations pacifiques entre les citoyens.

Aussi lorsque les plaideurs auront soumis un différend à des arbitres, sera-t-il naturel que leur convention soit sanctionnée de la manière la plus efficace et la plus directe, que cette décision d'un tiers qu'elles se sont engagée à respecter, qu'elles ont entendu considérer comme un jugement, puisse devenir exécutoire comme si elle émanait de l'autorité judiciaire.

Tels sont les principes qui doivent, selon nous, servir de base à toute législation sur l'arbitrage.

Digitized by Google

Déterminer dans quelle mesure, par quels moyens ils ont été appliqués sous l'empire du droit romain et consacrés par les lois qui nous régissent actuellement, tel est l'objet de l'étude que nous entreprenons ici.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ARBITRAGE

EN DROIT ROMAIN

SECTION I

Description de l'Arbitrage

Les principes du droit romain n'admettaient pas l'existence d'un contrat spécial susceptible de produire directement les effets du compromis. Lorsque deux plaideurs voulaient soustraire la solution d'un litige à l'autorité du juge et s'engageaient à respecter la sentence d'un arbitre choisi par elles cette convention ne constituait qu'un simple pacte. Il était impossible d'en obtenir l'exécution par voie d'action, de contraindre directement l'une ou l'autre des parties à se conformer aux ordres ou aux défenses de l'arbitre.

Aussi, pour assurer son efficacité fallait-il employer l'un des moyens qui servaient habituellement à sanctionner les obligations non reconnues par le droit civil.

Digitized by Google

Les parties avaient à leur disposition plusieurs procédés. Elles pouvaient conclure leur convention dans la forme du contrat verbal (1), susceptible de donner ouverture à une action « in id quod interest », ou bien se promettre réciproquement une peine en cas de contravention. Chacune d'elles aurait pu également remettre un objet déterminé entre les mains de l'arbitre avec mission de l'attribuer à son adversaire si elle violait ses engagements (2).

Dans chacun de ces cas l'inexécution de la sentence arbitrale entraînait une sanction et il y avait sans doute le plus souvent intérêt pour les plaideurs à reculer devant ses conséquences (3).

Mais pour que ces divers modes de sanction pus-

1. D. 27, § 7, IV, 8.
2. D. 11, § 2, h. t.
3. Cette situation, créée par le mécanisme rigoureux des règles du droit romain devait être modifiée. Justinien voulut qu'il fût possible d'obtenir directement l'exécution de la sentence. D'après une constitution datée de 529, (C. 4, II, 56) s'il avait été convenu que les parties prêteraient serment de respecter la sentence, si en même temps l'arbitre avait juré de statuer selon sa conscience, et si enfin ce double fait se trouvait constaté par des écrits émanés des parties mêmes ou rédigés par des officiers publics ou seulement par une déclaration solennelle faite en présence de l'arbitre, l'exécution de la sentence devait être garantie au profit du demandeur par une action « in factum », une « condictio ex lege » ou bien une action « in rem utilis », suivant les circonstances, et, au profit du défendeur, par une exception de pacte.

Digitized by Google

sent produire leur effet il fallait que la sentence eût été rendue, Or, rien, selon les règles du droit civil, n'assurait l'accomplissement de cette condition.

Les parties n'avaient par elles-mêmes aucun moyen de contraindre l'arbitre à statuer. Celui-ci, en acceptant les fonctions que lui offraient les parties, n'avait contracté aucune obligation reconnue par le droit civil. On ne pouvait même l'assimiler à un mandataire car les Romains ne faisaient rentrer dans l'objet du mandat que les actes se référant à l'administration d'un patrimoine (1), et quand même il eût pu être poursuivi, les parties n'auraient obtenu de lui qu'une indemnité pécuniaire. Le compromis abandonné à lui-même ne pouvait donc être efficace que si l'arbitre statuait de plein gré. Autre-

La même décision s'appliquait au cas où les parties auraient au bas de l'*instrumentum* (C. 4, § 6, h. t.) rédigé par l'arbitre, déclaré qu'elles acceptaient la sentence. Bientôt après, en 530, elle fut étendue même au cas où le compromis aurait été conclu par simple pacte, pourvu qu'au bas de l'acte relatant la sentence les parties eussent déclaré ne pas s'opposer à la décision arbitrale ou même eussent laissé passer dix jours sans protester.

L'innovation relative à l'hypothèse d'une prestation de serment donna lieu, paraît-il, à de nombreux parjures. Aussi la constitution qui la consacrait fut-elle abrogée au bout de dix ans par Justinien lui-même dans la Novelle 83, c. 11.

1. M. Accarias, *Précis du droit romain*, II, n° 630. — Maynz, II, §§ 250 et 257. — Glück (Erlaüterung der Pandekten, T. VI, p. 74), assimile l'arbitre à un mandataire mais n'admet pas cependant qu'une action soit donnée contre lui.

Digitized by Google

ment toute base manquait aux obligations contractées par les parties comme aux moyens de sanction qui les garantissaient. Les plaideurs s'étaient engagés à observer la sentence de l'arbitre : or il n'y avait pas de sentence d'arbitre.

Mais l'intérêt public et l'équité réclamaient que l'arbitre ne pût se soustraire à sa mission. Aussi le préteur inséra-t-il dans l'Edit qu'il contraindrait l'arbitre à juger. Toutefois il ne promettait son intervention que sous certaines conditions auxquelles les motifs qui la justifiaient devaient servir de mesure.

Il s'agissait d'empêcher que les parties ne fussent déçues par l'indélicatesse de l'arbitre restant dans l'inaction lorsqu'elles étaient en droit de compter sur lui. Ce but supposait que l'arbitre s'était engagé à statuer. Aussi le préteur n'intervenait-il que dans cette hypothèse. Il n'obligeait pas la personne choisie par les plaideurs à se charger des fonctions d'arbitre (1); mais, ces fonctions une fois acceptées par elle, il la contraignait de s'en acquitter. Quand l'acceptation avait-elle eu lieu ? C'était là une question de fait (2). En tous cas il n'aurait pas fallu considérer comme acceptant la personne qui se se-

1. D. 3, § 1. h. t.
2. D. 13, § 2. h. t.

Digitized by Google

rait chargée seulement de chercher à concilier les adversaires.

Il fallait en second lieu favoriser la solution des litiges. Mais il était rationnel que le préteur n'intervînt que dans les cas où son intervention devait certainement être efficace : il n'était pas admissible que l'autorité publique s'interposât en pure perte. Aussi l'arbitre, même acceptant, ne pouvait-il être contraint que lorsque l'exécution de la sentence à intervenir se trouvait assurée d'avance, c'est-à-dire lorsque les parties avaient sanctionné leurs obligations d'une manière efficace.

Encore tout mode de sanction n'était-il pas suffisant. La « stipulatio pœnæ » réciproque était par excellence la garantie que le préteur prenait en considération. « Qui arbitrium pecunia *compromissa* receperit eum sententiam dicere cogam. » C'est ainsi que la règle est formulée dans l'Edit, et Julien ne fait que l'appliquer lorsqu'il dit que l'arbitre ne doit pas être contraint « si alter promiserit alter non (1). »

Ulpien l'applique non moins nettement à propos d'une question posée par Pomponius (2). « Y a-t-il légalement compromis, demande ce dernier, si l'une des parties seule a stipulé une peine ? — Si c'est le

1. D. 11, § 4. h. t.
2. D. 13, § 1. h. t.

Digitized by Google

demandeur qui a stipulé, répond Ulpien, on pourrait soutenir qu'il y a compromis *plenum*. Le défendeur peut, en effet, paralyser toute violation de la sentence par l'exception de pacte. Quant au demandeur il peut la réprimer par l'action née de la stipulation. Cependant cette solution serait erronée : une exception ne suffit pas pour faire contraindre l'arbitre à prononcer. »

Concluons qu'en principe il est nécessaire qu'aucune des parties ne puisse violer la décision arbitrale sans subir une peine. Il ne suffit pas que la tentative de violation puisse être paralysée : il faut encore qu'elle doive être punie de manière à ce que les parties aient intérêt à exécuter purement et simplement la sentence.

Lorsque le compromis est conforme à cette règle il est dit « plenum (1) » et l'arbitre doit statuer.

1. Le compromis est également qualifié « plenum », bien que l'expression ait un sens différent, dans deux autres cas : lorsqu'il se rapporte à tous les litiges qui divisent les parties (21 § 6, h. t.) et lorsqu'il est muni de la *clausula doli* (31, h. t.). Mais, en général, compromis « plenum » désigne le compromis dont l'efficacité se trouve garantie par l'obligation à laquelle se trouve soumise chaque partie de subir une peine si elle viole la sentence.

D'autre part il serait inexact de dire que le compromis « plenum » est celui dont l'efficacité se trouve assurée d'avance, car dans le texte cité plus haut (D. 13, § 1, h. t.) le compromis dont parle Ulpien sera certainement efficace et cependant il n'est pas « plenum. »

Digitized by Google

Ainsi, en principe, la stipulation de peine doit être réciproque (1).

Pour qu'il y ait réciprocité, les obligations contractées doivent évidemment être valables de part et d'autre. Si l'une d'elles n'était pas conforme aux règles du droit elle n'aurait pas d'existence légale. Ainsi l'arbitre ne pourrait être contraint de juger si l'une des promesses émanait d'une femme et avait été consentie pour garantir les obligations de l'une des parties. « Non erit pecunia compromissa » dit Paul à cette occasion (2). La promesse en effet constituerait une intercession et serait par là même dépourvue de sanction en vertu du sénatus-consulte Velleien. Le préteur, ou bien refuserait de délivrer l'action en stipulation contre la femme si le fait de l'intercession était clairement établi, ou bien ne la délivrerait qu'en y insérant l'exception du sénatus-consulte ; de telle sorte que la femme ne pourrait être condamnée à payer la peine. Il est naturel que Paul applique dans cette hypothèse la même solution que si la promesse n'avait pas été réciproque.

1. C'est de cette condition que le mot compromis tire son origine. En principe les parties doivent réciproquement promettre une peine (*cum promittere*). De là : compromis. Rigoureusment ce mot ne désigne que la convention d'arbitrage munie de la double promesse de peine. C'est en ce sens qu'il est pris dans la loi 11 pr. h. t. L'arbitre ne doit pas être contraint, dit cette loi, « nisi compromissum intervenerit » c'est-à-dire si chacune des parties n'a pas promis une peine.

2. D. 32, § 2, h. t.

Digitized by Google

Du moment que la stipulation de peine est réciproque et valable peu importe la nature de la peine. Comme l'observe Ulpien (1), le mot « pecunia » de l'Edit doit s'interpréter largement. Il est pris dans son sens originaire et désigne tout objet, corporel ou non, qui peut rentrer dans un patrimoine (2).

On peut donc stipuler autre chose que de l'argent et il n'est pas même nécessaire que chaque plaideur stipule un objet semblable.(3) L'objet de la stipulation peut même être incertain : une promesse « *quanti ea res erit* » serait suffisante. (4)

Les parties ne sont pas moins libres en ce qui concerne le *quantum* de la peine. Peu importe que l'objet stipulé soit supérieur ou inférieur en valeur à l'intérêt en litige. (5) La peine pourrait même être stipulée sous condition. Mais alors l'arbitre ne devrait être contraint de statuer qu'une fois la condition accomplie. Il faut, en effet, que la sentence ne puisse être impunément violée. Or, tant que la condition reste en suspens, il n'est pas certain que la peine soit due.(6)

1. D. 11, § 2. h. t.
2. Festus. Vo *Pecunia*. — D. 5. 178 pr. 222. L. 16. — Peut être dans la loi 222 « pecunia » a-t-il un sens plus étendu encore que dans les deux autres textes précités et surtout que dans la loi 178.
3. 11 § 2 in f. h. t.
4. D. 28. h. t.
5. 32. pr. h. t.
6. D. 11, § 5. h.t.

Digitized by Google

La stipulation de peine à terme est suffisante et l'arbitre peut être contraint immédiatement. (1)

Si les obligations des parties doivent être munies d'une sanction efficace, il va sans dire que dans le cas où la stipulation, quoique valable, serait, pour une raison ou pour une autre, devenue inefficace, elle ne serait plus prise en considération par le préteur. C'est ce qui arriverait notamment si l'un des plaideurs faisait cession de biens (2). Le *cessor bonorum* ne peut, en effet, ni intenter une action ni être poursuivi. Il ne pourrait donc, en cas d'inexécution de la part de son adversaire, réclamer à celui-ci le montant de la peine, et, s'il avait lui-même violé la sentence, l'action *ex stipulatu* ne pourrait être délivrée contre lui. Cette hypothèse peut donc être assimilée à celle où nulle peine n'a été promise.

D'autre part, il ne suffit pas que la peine ait été régulièrement promise : il faut qu'elle puisse encore être exigée. Ainsi l'arbitre ne pourrait être contraint si la peine avait fait l'objet d'une acceptilation. (3)

De même, si la peine avait été encourue avant le

1 Doneau. Comm. *De jure civili*. Cap. XI, § 5.
2. D. 17 pr. h. t.
3. D. 13 pr. h. t.

Digitized by Google

prononcé de la sentence, (1) la sanction des obligations des plaideurs se trouverait épuisée. La stipulation, contrat de droit strict, ne donne ouverture qu'à une seule action. Celle-ci intentée, le contrat a produit tout son effet, il n'a plus de force et ne peut servir de base à une nouvelle demande. La partie qui a déjà encouru la peine ne peut donc l'encourir une seconde fois pour une nouvelle violation de ces engagements. La sanction dès lors n'est plus réciproque et l'exécution de la sentence n'est plus entièrement assurée car si c'est la partie qui a déjà encouru la peine qui succombe, il n'y aura aucun moyen de la contraindre à exécuter la sentence. L'arbitre ne doit donc pas être contraint de juger. Telle est la règle que consacre Paul dans la loi 32, § 1, t. h, et que confirme la loi 34, § 1.

Mais cette règle porte en elle-même sa restriction. Si la peine, bien que déjà encourue, peut l'être encore, il n'y aura pas de raison pour que le préteur n'intervienne pas, C'est ce qui arrivera lorsqu'il aura été convenu que la peine serait encourue à cha-

1. Cette hypothèse peut se produire (ainsi qu'il sera exposé plus loin) par exemple quand l'un des plaideurs refuse de comparaître. Ce refus rend la sentence impossible et le défaillant se trouve alors, d'après les règles du droit, assimilé à celui qui aurait violé la sentence. Dans ce cas, si le défaillant consentait ensuite à comparaître, l'arbitre ne pourrait plus être contraint de statuer car il n'existerait plus de moyen de contrainte contre le défaillant pour le cas où il violerait la sentence.

Digitized by Google

que contravention. Alors, en effet, il reste toujours un moyen de sanction. Les parties agissaient donc prudemment en ajoutant cette clause à la stipulation.

Il est donc nécessaire qu'une peine ait été promise de part et d'autre. Mais cette règle n'était pas appliquée avec une rigueur exclusive et le préteur consentait dans certains cas à intervenir sans qu'elle eût été observée, pourvu toutefois que son intervention ne fût pas exposée à être inefficace.

Ainsi, lorsque chacune des parties avait remis un objet à l'arbitre avec mission de l'attribuer au gagnant ou bien à celui qui aurait à se plaindre d'une violation de la sentence, l'hypothèse était assimilée à celle d'une stipulation de peine réciproque et l'arbitre ne pouvait se refuser à statuer (1).

Il aurait même pu se faire, selon Pomponius, que la convention d'arbitrage fût légalement sanctionnée par un pacte nu. Cette règle suppose l'espèce suivante : deux personnes sont respectivement créancières l'une de l'autre. Une contestation s'élève entre elles au sujet d'une question étrangère à cette double créance; il est convenu qu'elle sera tranchée par un arbitre. Pour sanctionner cette convention, chacun des plaideurs, au lieu de stipu-

1. D. 11 § 2, h. t. — 48, II, 14. — 3 § 12, in f. XXIV, 1.

Digitized by Google

ler de son adversaire une peine, s'engage à ne pas réclamer le montant de sa créance non contestée dans le cas où il aurait violé la décision arbitrale. L'exécution de la sentence est dès lors assurée avec autant de rigueur que s'il y avait eu de part et d'autre stipulation de peine.

En effet, celle des parties qui manquera aux engagements contractés lors du compromis perdra le droit de recouvrer sa créance ou, du moins, se verra opposer, quand elle s'invoquera, une exception de pacte. La condition à laquelle était subordonnée sa renonciation à son droit est, en effet, accomplie et la partie se trouve avoir conclu un pacte « de non petendo » qui devra paralyser toute action de sa part. Elle perd ainsi, à titre de peine, le bénéfice de sa créance et le résultat est, au fond, le même que si elle se trouvait, en vertu d'une promesse verbale, contrainte de payer une peine. Le double pacte « de non petendo » aboutit donc aux mêmes résultats que la stipulation de peine réciproque. Voilà pourquoi Pomponius le considère comme une sanction analogue. Tel est le sens de son expression : « nudo pacto fiet compromissum. »

Le compromis doit encore être considéré comme « plenum », c'est-à-dire que l'arbitre ne pourra refuser de statuer, quand les parties, sans recourir à une double stipulation de peine, se sont engagées

Digitized by Google

simplement par contrat verbal à respecter la sentence. Cette solution n'est pas formellement contenue dans les textes, mais il nous semble rationnel de l'admettre. L'exécution de la sentence est garantie d'une manière pleinement efficace puisque, comme nous l'apprend Ulpien, elle peut être poursuivie au moyen d'une action de droit civil (1). Nous ne voyons pas pourquoi le préteur s'abstiendrait d'intervenir (2).

Dans les cas où le préteur accorde son concours, il se borne à contraindre l'arbitre. Ce concours ne sanctionne pas la convention ; ce n'est pas lui, c'est l'application des règles du droit civil qui la rend efficace ; il suppose même que les parties sont déjà valablement obligées. L'utilité de l'intervention prétorienne consiste à procurer aux parties ce qu'il n'est pas en leur pouvoir d'obtenir par elles-mêmes, la sentence de l'arbitre récalcitrant.

Lorsque les conditions requises pour que l'arbitre puisse être contraint ne sont pas réunies, la sentence peut n'être pas rendue. Mais, si elle est rendue volontairement, un lien sera-t-il formé entre les parties, ou bien pourra-t-elle être impunément violée ?

Il est certain qu'au moins dans une hypothèse,

1. 27 § 7, h. t.
2. A. Faber (*Ration. in P.* I, p. 782) réfute l'opinion contraire soutenue par Accurse.

Digitized by Google

celle où le demandeur seul a stipulé une peine, bien qu'il n'y ait pas lieu à intervention de la part du préteur, si l'arbitre statue de plein gré, l'efficacité de la sentence est assurée : c'est ce que nous apprend Ulpien dans la loi 13 § 1, h. t. que nous avons précédemment analysée. Chacune des parties, à la vérité, disposait d'un moyen de sanction.

Mais dans les autres cas où l'arbitre ne pourra être contraint, l'obligation de respecter la sentence ne se trouvera pas munie d'une sanction réciproque, de telle sorte que, même en supposant la formation d'un lien juridique, l'exécution de la sentence ne sera pas assurée d'avance et n'aura lieu que si c'est la partie au profit de laquelle existe la sanction qui triomphe.

La question peut donc en définitive se poser ainsi : s'il n'y a qu'une des parties qui ait à sa portée un moyen de faire respecter la sentence, cette partie pourra-t-elle user de ce moyen si l'arbitre lui donne gain de cause ?

Ainsi un simple pacte a été conclu. Il est certain d'avance que si le demandeur triomphe il n'aura aucun moyen de contraindre son adversaire à respecter la sentence. Au contraire le défendeur, s'il est absous, pourrait, à moins qu'on ne regardât le pacte comme nul, paralyser au moyen d'une exception toute poursuite intentée contre lui en violation

Digitized by Google

de la sentence : l'exception lui sera-t-elle accordée?

Ou bien encore : un pacte a été conclu et le défendeur seul a stipulé une peine. Si ce dernier triomphe pourra-t-il, dans le cas où son adversaire aurait violé la sentence, réclamer le montant de la peine?

L'inégalité de situation que l'on remarque entre les parties dans ces différentes hypothèses a choqué un grand nombre de commentateurs et on décide généralement que si les deux plaideurs n'ont pas chacun un moyen d'obtenir le respect de la sentence celle-ci pourra dans tous les cas être impunément violée.

Cette opinion, équitable assurément, ne nous semble pas appuyée sur des raisons assez décisives.

Observons tout d'abord que rien ne montre que cette inégalité ait été prise en considération. « Le compromis ne peut être boiteux (claudicare), » disent certains commentateurs : mais ce n'est là qu'une simple affirmation qui ne s'appuie ni sur une disposition légale ni sur une règle précise.

Les textes nous apprennent que, lorsque l'exécution de sa décision n'est pas garantie par avance, l'arbitre peut impunément refuser de statuer, mais ils ne règlent pas la situation des parties et la valeur de leurs engagements dans l'hypothèse où l'arbitre aura statué. En l'absence de documents parti-

Digitized by Google

culiers nous devons nous en référer à l'application des principes juridiques. Or, dans la législation romaine le compromis n'est pas un contrat ni une convention ayant un caractère, des effets, une existence propres; il ne se compose que d'un simple pacte muni d'une double garantie. C'est cet ensemble qui le constitue. Mais les diverses conventions qui forment ses éléments ont chacune leur existence indépendante : aucune règle de droit ne subordonne l'efficacité des unes à celle des autres. Il n'y a pas compromis, soit, mais il reste un pacte, une stipulation dont rien ne justifierait l'annulation.

Ainsi les parties conviennent par simple pacte de s'en rapporter à un arbitre. Or le pacte donne naissance à une obligation naturelle (1) opposable au moyen d'une exception. L'arbitre statue. Désormais chacune des parties se trouve obligée *ex pacto* à faire ce qu'il a ordonné, à s'abstenir de ce qu'il a défendu. Si c'est le demandeur qui a triomphé le défendeur est obligé *ex pacto* à exécuter la condamnation, mais les règles de la jurisprudence ne donnent aucun moyen de le contraindre à exécuter. Si au contraire c'est lui qui a obtenu gain de cause, le demandeur, débouté, se trouve obligé naturelle-

1. M. Accarias. *Précis* II. nos 644 et 726, p. 566, n. 3. Machelard. *Des Oblig. naturelles en D. rom.* 1re partie § 1.

Digitized by Google

ment à ne plus réclamer l'objet litigieux : il est dans la même situation que s'il avait conclu un pacte *de non petendo*. Or l'exécution d'un tel pacte peut-être obtenue par voie d'exception. Si donc le demandeur, malgré la défense de l'arbitre, poursuit le défendeur, celui-ci paralysera la poursuite en opposant une exception de pacte. Peu importe qu'elle eût été la situation si l'arbitre avait jugé autrement : c'est ce qui existe à l'heure actuelle qu'il faut considérer. Or il y a un pacte *de non petendo* et c'est en général, sans réserves, que le préteur a promis de faire respecter tout pacte conclu sans dol qui ne serait pas contraire aux lois (1). Le demandeur avait agi imprudemment, mais une convention n'est pas nulle par cela seul qu'elle a été conclue imprudemment. Les parties capables sont maîtresses de leurs actes et peuvent choisir pour régler leurs affaires les procédés les plus maladroits. On ne peut les protéger malgré elles ni regarder comme inique un résultat librement accepté d'avance. Au fond même la situation est-elle si extraordinaire ? Les plaideurs ont compté sur leur bonne foi réciproque : c'est d'elle qu'ils ont attendu l'exécution au lieu de la demander aux modes de sanction habituels. Il se trouve que l'un

1. D. 7. § 7 II. 14.

Digitized by Google

d'eux peut, selon les principes généraux du droit, user d'un moyen de contrainte légale : il ne saurait y avoir dans cette circonstance une cause de nullité. Qu'on ne dise pas que les parties ont entendu subordonner l'efficacité des obligations de l'une d'elles à celle de l'autre. D'abord cette intention n'apparaît nulle part : c'est arbitrairement qu'on le supposerait. Elle est même incompatible avec la conclusion du pacte. Il était en effet bien certain d'avance que l'obligation du défendeur ne pourrait avoir d'efficacité légale. On ne peut concevoir que le demandeur ait subordonné sa propre obligation à une condition manifestement impossible.

Au reste, notre opinion se trouve consacrée par un texte décisif. Justinien dans la loi 5. II. 56 Cod., déclare directement exécutoire désormais le simple pacte d'arbitrage, et il observe qu'auparavant, lorsqu'un tel pacte avait été conclu, le défendeur absous obtenait une exception pour paralyser toute poursuite de la part de son adversaire, tandis qu'au contraire le demandeur, s'il triomphait, n'avait aucun moyen de faire respecter la sentence.

1. « Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque pœna compromissi vallabat, neque judex dederat, sed nulla sententia præcedente communis electio, ut illorum sententiæ staretur, procreabat ; si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari : sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei præsidii : sancimus... etc. »

Digitized by Google

Il est difficile d'affirmer plus nettement les idées que nous avons essayé d'appuyer sur des considérations juridiques.

Si le simple pacte est valable, à plus forte raison n'y aura-t-il pas nullité quand le défendeur seul aura stipulé une peine. La stipulation est un contrat de droit strict qui existe par lui-même et fait naître une obligation rigoureuse par cela seul que les parties ont voulu créer un lien de droit et que les formes requises ont été observées ; sa validité n'est pas subordonnée à celle d'une autre obligation et c'est surtout dans cette matière qu'il n'y a pas à considérer l'imprudence des parties. Le défendeur a stipulé une peine pour le cas où son adversaire violerait la sentence : il est créancier sous condition. Le demandeur viole la sentence : la condition est réalisée ; la peine peut être exigée. Ajoutons que le pacte auquel s'adjoignait cette stipulation étant valable, comme nous croyons l'avoir démontré, il est inadmissible que la stipulation soit nulle (1),

1. Cette théorie conduit à décider que le compromis conclu par un incapable n'est pas radicalement nul. Il n'est pas opposable à l'incapable, mais il peut être invoqué par lui. Sans doute, l'arbitre ne pourra être contraint de statuer. Mais si la sentence a été rendue volontairement, l'adversaire de l'incapable ne pourra la violer impunément. Ainsi un prodigue interdit compromet sans l'assistance de son curateur. La promesse de peine qu'il a faite ne l'oblige pas, car il ne peut seul rendre sa condition pire. Mais il peut la rendre meilleure et la promesse de son adversaire est valable. Si donc celui-ci viole la sentence, il encourt la peine.

Digitized by Google

Les solutions qui viennent d'être exposées sont peut-être rigoureuses, mais elles nous semblent conformes aux règles du droit romain (1).

Pour les combattre, on invoque deux textes : la loi 2, h. t. et la loi 5, I, 10 Cod.

Le premier décide que le compromis ne donne pas naissance à une exception, mais seulement à une *pœnæ petitio*, et le second consacre la même idée (2). Admettons un instant qu'il faille prendre ces deux textes à la lettre.

En les examinant de près, nous constatons que leur portée se trouve cestreinte par la loi 13, § 1, h. t. (3), et la loi 2, II, 56, Cod. Le principe qu'ils contiennent reçoit ainsi deux dérogations, l'une dans l'hypothèse où le demandeur seul a stipulé une peine, l'autre dans celle où un simple pacte a été conclu ; de sorte qu'il ne reçoit d'application que dans l'hypothèse — bien peu pratique assurément — où le défendeur seul a stipulé une peine.

Cette remarque est de nature à jeter le doute sur

1. A l'appui de notre système, nous pouvons invoquer l'autorité d'Accurse et de Bartole (Voyez Gr. Glose, *In*, *l.* 13, § 1.— Bartole, *In prim. Dig. vet. partem*, p. 184 verso).

2. « Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed pœnæ petitionem. » — « Qui contra arbitri sententiam petit sola in eum pœnæ actio ex compromissio competit, non etiam pacti conventi exceptio. »

3. A. Faber le reconnaît, et il avoue que la règle de la loi 2 h. t. ne s'applique pas dans l'hypothèse de la loi 13 § 1, h. t.

Digitized by Google

le sens que prêtent nos adversaires aux textes qu'ils nous opposent. Et en effet ces textes, si on les examine attentivement, n'ont pas le sens qu'on leur attribue : ils ne doivent pas être pris à la lettre. Ils supposent, en effet, un compromis; la règle qu'ils formulent n'est relative qu'à un compromis. Or, dans la législation romaine, le mot compromis a un sens spécial et désigne seulement la convention d'arbitrage munie d'une promesse réciproque faite dans les formes civiles. Son nom même l'indique : il n'y a pas compromis lorsqu'il n'y a pas double promesse (1). En admettant même qu'on se refuse à donner à l'expression « *compromissum* » une signification aussi précise, il est indiscutable — et l'un des interprètes dont nous combattons l'opinion le reconnaît (2) — que la règle « ex compromisso placet exceptionem non nasci » se réfère à l'hypothèse où l'inexécution doit entraîner une peine, où les parties ont muni leurs obligations d'une sanction pénale. Dès lors, elle ne tranche plus notre question qui suppose, au contraire, qu'il n'y a pas eu compromis légal, que la convention n'a pas été conclue dans les formes civiles ou tout au moins qu'il n'y a pas eu

1. « Ce sont ces deux promesses qu'on appelle compromis », dit M. Accarias, *Op. cit.*, II, p. 804, n. 1.
2. A. Faber, *Ration*, p. 785, a. 14.

Digitized by Google

double promesse de peine. Le problème reste donc entier et ne peut être résolu que par les considérations émises plus haut.

Mais alors que signifient nos deux textes? S'ils se réfèrent seulement à l'hypothèse où deux stipulations de peine ont été conclues, leur sens est nécessairement le suivant : lorsque chacune des parties aura promis une peine en cas d'inexécution, le seul effet de la convention d'arbitrage sera de donner à celle qui aurait à se plaindre d'une violation de la sentence, le droit de réclamer à son adversaire le montant de la peine : aucune exception ne pourra être invoquée. La règle est très rationnelle. La conclusion d'une double stipulation de peine laisse supposer que les parties ont entendu se placer respectivement dans une situation égale. Or, si une exception pouvait être invoquée, l'égalité n'existerait pas. Le défendeur, s'il avait obtenu gain de cause, pourrait en effet tout à la fois paralyser chez son adversaire l'acte constituant une violation de la sentence et obtenir le paiement de la peine, tandis que le demandeur n'aurait jamais à sa disposition que l'action née de la *stipulatio pœnæ*. C'est pour sanctionner l'intention des plaideurs parties qu'intervient la règle « ex compromisso placet exceptionem non nasci sed pœnæ petitionem. »

Digitized by Google

Si au contraire une double stipulation n'a pas été conclue, l'intention de se créer une situation égale n'apparaît pas chez les parties et la règle qui a pour but de maintenir l'égalité n'a pas de raison d'être.

Il ne faut donc pas croire que s'il n'y a pas compromis *plenum* aucun lien de droit ne pourra se former. Il n'y aura pas compromis, soit, et c'est pour cela que l'arbitre ne sera pas contraint de statuer, mais il y aura une convention existant par elle-même et susceptible d'être efficace conformément aux règles générales du droit ; seulement l'efficacité de l'obligation née de cette convention sera subordonnée à un fait dont le prêteur ne garantira pas l'accomplissement.

L'inégalité de la situation entre les plaideurs pouvait être prise en considération avant que la sentence n'eût été rendue et faire obstacle à ce que le préteur intervînt, mais désormais, la sentence volontairement prononcée, si les conditions requises pour que le droit prétorien accorde une exception ou le droit civil une action sont réunies, ce n'est point parce que la sentence eût été inefficace si l'arbitre s'était prononcé dans un autre sens que cette exception ou cette action pourrait être refusée.

Au reste toute cette discussion n'a qu'un intérêt

Digitized by Google

théorique. Il faut observer que dans la pratique les parties devaient avoir soin d'observer les règles du compromis *plenum* : la prudence la plus élémentaire les y engageait.

Aussi dans l'exposé des règles qu'il nous reste à étudier supposerons-nous toujours un compromis *plenum*.

Nous avons vu à quelles conditions le préteur contraignait l'arbitre. Mais par quels moyens le contraignait-il ? Par les moyens dont il se servait dans des circonstances analogues contre les particuliers récalcitrants, par la condamnation à une amende *(mulctæ dictione)*, par la *missio in possessionem* ou bien par une *pignorum capio* (1).

Ces procédés avaient pour but d'intimider l'arbitre et de lui faire préférer l'exercice de ses fonctions aux conséquences d'un refus (2).

Etaient-ils les seuls qui pussent être employés? Notamment le réteur pouvait-il donner une action contre l'arbitre? Il est difficile de l'admettre. D'abord l'Édit, comme le fait observer Noodt, ne contient que la promesse de contraindre l'arbitre et non celle de donner une action. Quelle eût d'ail-

(1) D., 32, § 12, h. t. — 1, § 3, XXV, 4. — Maynz, II, § 257, p. 412.

(2) Ils pouvaient parfois être inefficaces, par exemple contre un arbitre insolvable ou dont les biens se trouvaient hors du territoire auquel était bornée la compétence du magistrat.

Digitized by Google

leurs été cette action ? On ne le conçoit pas. L'arbitre n'était pas un mandataire ; il n'aurait pu du reste être condamné qu'à une indemnité.

C'est donc à tort que Voët (1) ajoute aux moyens de contrainte dont il vient d'être question une condamnation « in id quod interest. » Les arguments sur lesquels il s'appuie sont des arguments de texte. L'un d'eux se trouve dans la loi 13, § 1, XLII, 1. Il est question dans cette loi d'une promesse d'empêcher que le stipulant n'éprouve un dommage éventuel, et Celsus y décide que si le promettant contrevient à son obligation il sera condamné à payer une indemnité en argent comme il est de règle dans toutes les obligations de faire. — Mais il s'agit dans cette décision d'une obligation contractée dans la forme verbale. Or l'arbitre ne s'est pas engagé dans cette forme : il n'est lié que par un simple assentiment. C'est du moins ce qu'il faut supposer en général. Il n'y a donc pas d'analogie entre sa situation et celle du promettant auquel Voët l'assimile et la solution de la loi précitée ne saurait être étendue jusqu'à lui.

Le second argument de Voët, tiré du § *ult. de verb. oblig. Inst.* est de même nature, repose sur une analogie aussi peu justifiée et se réfute de la même manière.

(1) Voët. ad Pand., § 14.

Digitized by Google

Si nous n'avons pas admis l'ouverture d'une action « in id quod interest », à plus forte raison regarderons-nous, avec Glück (1), comme imaginaire l'action qu'Ant. Contius qualifiait d'action « in factum de receptis. »

L'emploi des procédés que nous avons énumérés a pour conséquence de rendre toute contrainte impossible lorsque l'arbitre est un magistrat d'un rang égal à celui du préteur ou plus élevé. Le préteur ne peut, en effet, exercer son *imperium* que sur un inférieur (2). Cette impossibilité tient aux règles de la hiérarchie des fonctionnaires.

Mais toutes les fois que l'arbitre n'est pas un fonctionnaire supérieur ou égal au préteur, il peut être l'objet d'une contrainte, quelle que soit la dignité dont il est revêtu, serait-il même un personnage consulaire (3).

Cependant, pour que l'arbitre puisse être contraint, il ne suffit pas que les conditions qui viennent d'être exposées soient réunies. L'équité, qui détermine le préteur à intervenir, peut quelquefois lui imposer l'abstention. S'il est, en effet, juste que l'arbitre soit forcé de tenir sa parole, il ne l'est pas

1. Erlaüterung der Pandekten, VI, p. 87.
2. D. 3, § 3-4, h. t.
3. D. 3 § 3, h. t.

Digitized by Google

que son obligation subsiste quand elle deviendrait trop rigoureuse. Aussi le préteur n'exerce-t-il son autorité que « causa cognita » (1), c'est-à-dire qu'après avoir examiné si la contrainte serait juste.

Ainsi, l'arbitre serait dispensé de statuer si l'état de sa santé ou bien ses occupations, un voyage urgent, une mission d'intérêt public le rendait incapable d'exercer ses fonctions (2).

Mais si la cause qui rend équitable la dispense vient à disparaître, la dispense ne peut se prolonger : l'empêchement est-il temporaire, la dispense n'est que temporaire. Si, par exemple, l'arbitre invoque une maladie d'un caractère passager, tout ce qu'il pourra obtenir ce sera de ne pas juger avant sa guérison (3). Il y aura donc en ce cas prorogation du compromis.

Cette règle suppose que le compromis autorise la prorogation. La sentence, en effet, doit être rendue dans le délai fixé, sinon le compromis est dissout. Dans notre hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'empêchement est temporaire et que les parties ont autorisé la prorogation, l'arbitre est dispensé de statuer à l'époque fixée, mais le préteur l'oblige à proroger

1. D. 15, h. t.
2. D. *Ibid.*
3. D. 16, pr. h. t. C'est, du reste, la règle qu'on applique au juge. Cf. 2 § 3, II, 11. — 60, pr. XLII, 1.

Digitized by Google

le compromis pour l'époque où tout empêchement aura disparu.

Si la clause de prorogation ne figurait pas dans le compromis, le préteur ne pourrait que dispenser purement et simplement l'arbitre de statuer. Toutefois, dans ce cas, si les parties manifestaient le désir que l'arbitre statuât, une fois tout obstacle disparu, il serait fait droit à leur requête. Mais alors le compromis n'en serait pas moins dissout; seulement il devrait s'en former un autre dans lequel il faudrait que l'arbitre conservât ses fonctions. Le préteur ne consentirait donc à ne pas le contraindre à statuer, malgré l'empêchement allégué, que s'il acceptait de jouer encore le rôle d'arbitre dans le nouveau compromis. C'est ce qu'expose la loi 16 de notre titre. Cette loi suppose que la cause de dispense est un procès que l'arbitre est dans la nécessité de soutenir. Mais ses termes ne sont pas restrictifs et nous ne voyons pas pourquoi la solution ne devrait pas être étendue à des circonstances analogues.

Il y a aussi des causes d'excuse résultant d'empêchements moraux. Par exemple l'arbitre a été diffamé par l'une des parties (1), ou bien il s'est élevé une inimitié capitale entre lui et l'une d'elles.

1. D. 9, § 4, h. t.

Digitized by Google

Dans ces divers cas et dans ceux qui peuvent leur être assimilés, car l'énumération n'est pas limitative, l'arbitre peut et doit craindre de manquer d'impartialité ou même d'être influencé à son insu par ses ressentiments : le préteur tient compte de ces scrupules et lui accorde une excuse.

Il y a des circonstances où non-seulement l'arbitre peut, mais encore doit refuser de statuer : c'est lorsqu'il se présente une question préjudicielle dont il n'a pas le pouvoir de connaître (1) et lorsqu'une des parties invoque à bon droit un privilège de prorogation (2).

Tel est le compromis dans sa forme générale. C'est une convention qui emprunte toute sa force aux sanctions que les parties y joignent ; c'est l'acceptation anticipée de la situation juridique que créera la sentence arbitrale.

Il contient d'abord, au moins implicitement, l'engagement de rendre la sentence possible, puis des obligations subordonnées à un fait futur, la sentence de l'arbitre. Ce fait qui sert de base aux obligations éventuelles et fixe leur objet, il n'est pas au pouvoir des plaideurs d'en assurer l'accomplissement. Le préteur, moyennant certaines conditions, veille à ce qu'il ait lieu.

1. D. 32, § 10, h. t.
2. D. 32, § 9, h. t.

Digitized by Google

Quand la sentence a été rendue, les parties doivent l'exécuter : elles s'étaient engagées à respecter la décision de l'arbitre, c'est-à-dire à faire ce qu'il ordonnerait, à s'abstenir de ce qu'il interdirait. Désormais, ce qu'elles ont à faire ou à éviter est déterminé. Leur obligation (1) devient exécutoire et c'est dans la convention antérieure, non dans l'autorité de la sentence, qu'elle a pris sa source. Si l'exécution n'a pas lieu, la peine est encourue.

Mais cette convention, est-il permis à toute personne de la conclure? Les parties peuvent-elles y recourir, quel que soit l'objet de la contestation? Enfin y a-t-il des conditions nécessaires pour exercer les fonctions d'arbitre? — Ce sont là des questions qu'il est naturel de résoudre maintenant.

1. Cette obligation est purement naturelle quand c'est par simple pacte, civile, quand c'est par stipulation que les parties se sont engagées à respecter la sentence.

Digitized by Google

SECTION II

Du Compromis

CHAPITRE I

CAPACITÉ DE COMPROMETTRE

Le compromis contient avant tout une convention. Pour pouvoir compromettre, il faut donc pouvoir s'obliger.

Mais cette convention, pour être efficace, a besoin d'être conclue dans certaines formes : il faut donc être capable de s'obliger dans ces formes et en particulier de figurer dans une stipulation.

Les personnes *sui juris* pubères peuvent valablement compromettre. Toutefois il y a des réserves à faire à l'égard du fou et du prodigue interdit.

Capacité du fou. — Le fou, dans les intervalles lucides, est pleinement capable et peut par conséquent valablement s'obliger à respecter la sentence et promettre une peine. Mais durant les périodes de démence il est absolument incabaple de contrac-

Digitized by Google

ter (1), même avec le « consensus » de son curateur.

Capacité du prodigue. — Le prodigue interdit ne peut faire aucun acte rendant sa condition pire et le *consensus* de son curateur ne saurait même l'habiliter à s'obliger valablement (2). Il ne pourra donc compromettre.

Capacité du mineur de 25 ans. — Quant au mineur de vingt-cinq ans pubère, jusqu'au IIIe siècle avant J.-C., qu'il ait ou non reçu un curateur, il peut valablement faire seul tous les actes que renferme le compromis puisqu'il est pleinement capable. Mais il peut, en cas de lésion, suivant la règle générale introduite par le droit prétorien, obtenir la *restitutio in integrum* (3) contre la

1. L'incapacité du fou est telle qu'il ne peut même pas, comme le pupille, rendre sa condition meilleure. — M. Accarias. Op. cit. I, nº 171. — Inst. III, 19, § 8. — D. I, § 12, XCIV, 7.

2. C'est ce que notre savant maître, M. Labbé, nous paraît avoir victorieusement démontré, contrairement à l'opinion reçue jusqu'alors (Cf. Ortolan, éd. Labbé, I, append. VII). Le curateur romain n'a pas en effet pour mission de remédier par son intervention à l'incapacité de la personne en curatelle. Cette mission est celle du tuteur. Tel est du moins le principe à l'époque classique. Sous le Bas-Empire, alors que le tuteur et le curateur tendent à se confondre, peut-être le *consensus* joue-t-il un rôle analogue à celui de l'*auctoritas*.

3. L'*in integrum restitutio* peut être accordée avant même que la sentence ait été prononcée. Le mineur peut être considéré comme victime d'une lésion par cela seul qu'il a compromis : il s'est en effet engagé d'avance à respecter une décision qui pourra

Digitized by Google

sentence et se dispenser ainsi de l'exécuter (1).

A partir de la fin du IIIe siècle de J.-C. on peut admettre (2) que le mineur de 25 ans pourvu d'un curateur devint incapable de rendre seul sa condition pire : il lui fut dès lors impossible de compromettre sans le *consensus* de son curateur.

L'interdiction faite par l'empereur Sévère au mineur de 25 ans d'aliéner ses « *prædia rustica et suburbana* » sans un décret eut sans doute pour conséquence de rendre le mineur incapable, au moins sans l'autorisation du magistrat, de conclure un compromis relatif à un immeuble de cette catégorie (3). Sans doute aucune aliénation ne s'opérait par la formation du compromis, pas plus que la

lui porter préjudice, qui sera peut-être inique (A Faber. op. cit. in. l. 3. pr. IV. 8. p. 773. — in. l. 34 § 1. IV. 4).

1. La loi 3 h. t. D. semble à première vue contenir une solution contraire. Mais, avec A. Faber (Ration. I. in l. 3. pr. *de recept.*), nous pensons que la nullité qu'elle consacre dans les mots « ratum id a prætore non habendum » s'applique seulement à la sentence qui a lésé le mineur de 25 ans. En ce sens que le préteur, s'il y a lésion au préjudice du mineur, doit tenir le compromis pour non avenu et refuser toute action en paiement de la peine contre le mineur qui aurait violé la sentence. Le texte en effet suppose une peine commise : « Neque pœnæ eo nomine *commissæ* petitio dabitur. » Or si la peine a été encourue c'est que le mineur s'était valablement obligé.

2. M. Accarias, *op. cit.*, I, n° 175.

3. Par exemple une vente a été conclue et une discussion s'élève sur l'existence même de cette vente. Ce qu'il s'agit de savoir c'est si le mineur est obligé « *ex vendito* » c'est-à-dire s'il est obligé de transférer la propriété de l'immeuble litigieux. Une pareille question ne pourra être soumise à un arbitre.

Digitized by Google

sentence ne pouvait entraîner par elle-même la transmission de propriété, mais, si le compromis avait été valable, le mineur aurait pu, en vertu de son obligation de respecter la sentence, se trouver obligé à transférer la propriété de biens inaliénables. Le lien de droit créé au moment du compromis qui rendait éventuelle cette obligation et lui servait de base devait être réputé nul ; de même la promesse de peine qui la garantissait ne pouvait être valable (1).

Capacité du pupille. — Quant à l'impubère *sui juris*, le pupille, l'*auctoritas* de son tuteur lui est nécessaire pour rendre sa condition pire. Mais il peut seul rendre sa condition meilleure.

Si donc une double stipulation de peine avait eu lieu, la promesse du pupille serait nulle, et, non seulement l'arbitre ne pourrait être contraint de statuer, mais encore, dans le cas où il aurait statué de plein gré, le pupille pourrait impunément violer la sentence.

Toutefois, si, dans cette hypothèse, le pupille avait donné un fidéjusseur, l'exécution de la sentence se trouverait assurée. En effet, d'une part, l'adversaire, obligé valablement, devrait exécuter la

1. Glück. Erläuterung der Pandekten, VI, p. 77. — cf. Code 4, V, 71.

Digitized by Google

sentence ou sinon encourir la peine ; d'autre part, si le pupille violait la décision arbitrale, son fidéjusseur pourrait être poursuivi. Gaïus décide même que le compromis serait *plenum* et que l'arbitre ne pourrait refuser de juger(1).

Capacité de la femme. — La femme *sui juris* pubère est dans la même situation que le pupille, du moins à l'époque de la tutelle des femmes. A l'époque classique (2), l'*auctoritas* de son tuteur est encore nécessaire, mais ne peut être refusée si la tutelle est exercée par une autre personne qu'un patron ou un ascendant. Enfin, la tutelle des femmes disparaît.

Passons aux personnes *alieni juris*.

Capacité de l'esclave. — L'esclave ne peut compromettre. D'abord la promesse de peine qu'il aurait consentie serait nulle. Il ne peut, en effet, ni s'obliger personnellement, du moins « *jure civili* », ni obliger son maître envers les tiers. En matière de compromis le maître ne serait pas même obligé *de peculio* (3).

Régulièrement l'adversaire devrait être lié par la promesse de peine qu'il aurait consentie, car l'es-

1. D. 35, *h. t.*
2. Gaïus, III, § 108. — Cf. M. Accarias, *op. cit.*, I, n° 165.
3. D. 3, § 8, XV, 1. — 32 § 8, *h. t.*

Digitized by Google

clave stipule valablement pour son maître. Cependant Paul décide qu'il n'en sera rien (1).

La solution qui refuse l'action *de peculio* contre le maître dont l'esclave aurait compromis, repose sans doute sur cette idée que le compromis, étant destiné à tenir lieu d'une instance, peut être assimilé à une instance. Or l'esclave ne peut ester en justice, et, s'il était condamné, son maître ne serait pas poursuivi *de peculio* (2).

Tel était sans doute le raisonnement des jurisconsultes romains. C'est du moins celui que semblent faire les divers commentateurs pour expliquer les lois 32 § 8 *de recept.* et 3 § 8, XV, I, lorsqu'ils appuient la décision de ces textes sur une analogie entre le compromis et une instance (3).

1. D. 32, § 8, *h. t.*
2. D. 3, § 8, XV, I.
3. Le commentaire de Cujas toutefois me paraît contenir une idée contestable. « L'issue du compromis, dit le célèbre interprète, est la demande en justice du montant de la peine dans le cas où la sentence a été violée. » Il s'ensuit que si le compromis est assimilé à une instance, c'est parce qu'il peut aboutir à une instance. Mais ce résultat ne se produit que si l'obligation de respecter la sentence a été violée. Or toutes les conventions légalement formées peuvent aboutir à une instance, dans le même cas, c'est-à-dire quand elles ont été violées. Si donc l'idée de Cujas était exacte tous les contrats passés par l'esclave auraient dû être assimilés à une instance et aucun d'eux n'aurait dû plus que le compromis profiter au maître ou l'obliger.

Digitized by Google

Capacité du fils de famille. — Le fils de famille est personnellement obligé par ses contrats. Il oblige même *de peculio* son *paterfamilias* (1).

D'autre part l'autre partie est de son côté valablement obligée. Le compromis sera donc régulier.

CHAPITRE II.

OBJET DU COMPROMIS.

Le droit de recourir au compromis a des limites même pour les parties capables de l'exercer. Certaines contestations sont, dans l'intérêt général ou même dans l'intérêt des plaideurs, réservées à l'examen des juges représentant l'autorité publique.

Parmi les litiges de cette nature il faut nommer en premier lieu ceux qui se rapportent à des causes criminelles. La société est intéressée à ce que les auteurs de délits soient châtiés en son nom. Des particuliers n'ont pas qualité pour exercer cette répression et il n'est pas admissible qu'ils puissent la paralyser par une convention privée.

Ainsi les délits emportant infamie ne peuvent faire l'objet d'un compromis (2). L'un des motifs

1. D. 3, § 10. XV. I.
2. D. 32, § 6, h. t.

Digitized by Google

de cette règle c'est que la sentence arbitrale, dépourvue de toute autorité publique, ne peut infliger l'infamie (1).

Il en est de même, ajoute Julien, des délits donnant ouverture à un « *judicium publicum* ». Macer en donne l'énumération dans la loi 1, XLVIII, 1.

Mais, peut-on observer, tous les délits qui donnent ouverture à un *judicium publicum* sont infamants (2). A ce titre ils se trouvent donc compris dans la prohibition consacrée par la loi 32, § 6, h.t. Pourquoi dès lors forment-ils l'objet d'une mention spéciale? — Il est probable que la première partie du § 6, 32, h, t., désigne seulement les actions nées *ex delicto* qui emportent infamie sans néanmoins donner lieu à un *judicium publicum*. Telles sont les actions *furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo*(3). Mais cette explication ne fait pas disparaître l'incorrection du texte.

Cujas, qui fait la même remarque, observe avec raison (4) qu'il n'est interdit de soumettre à un arbitre les actions infamantes que si elles sont nées *ex delicto*. Rien n'empêche donc de compromettre sur les actions infamantes nées *ex contractu* comme

1. D. 13, § 5, III, 2.
2. D. 7, XLVIII, I.
3. D. 7. XLVIII, I.
4. Cf. in lib. XIII Pauli ad Ed. T. V. col. 187.

Digitized by Google

les actions *pro socio, mandati*, etc. (1) Seulement la sentence n'emporterait pas infamie ainsi qu'il a été dit plus haut.

L'interdiction de compromettre ne s'étend qu'aux actions tendant à la répression pénale du délit, les seules dont la solution intéresse la société. Aussi peut-on compromettre, comme l'observe le Président Favre (2), sur les intérêts civils nés du délit, sur l'indemnité due à la victime.

Les causes donnant lieu à une action « *popularis* » ne peuvent pas non plus faire l'objet d'un compromis (3). Ce sont des actions civiles, qui peuvent être exercées par tout citoyen comme les *judicia publica* en matière criminelle (4). Telles sont, par exemple, l'action *de sepulcro violato* et l'action *de albo corrupto*. Elles ne peuvent être exercées qu'une fois : tout citoyen a ainsi la faculté de les éteindre en les exerçant : mais il ne peut pas pour cela en disposer à son gré. C'est dans l'intérêt de tous qu'il les exerce et cet intérêt n'est pas suffisamment garanti par un compromis.

Il en est de même, pour un autre motif, des questions d'état et de liberté. Elles sont considérées

1. M. Accarias, *Op, cit.* II, n° 976.
2. Ration. in l. 32 § 6 *de recept.* — Cf. 3. XVII, 1.
3. D. 32 § 7, in f.
4. Pothier. *Pand. Just.*, T. III, p. 364. — M. Accarias. *Op. cit.* II, n° 858. — D. XLVII, 3.

Digitized by Google

comme trop importantes pour être confiées à l'examen même d'un juge ordinaire. « Favor libertatis est, dit Paul, ut majores judices habere debeat. » A plus forte raison ne peut-on les soumettre à des arbitres (1).

Une constitution de Justinien interdit de compromettre sur les questions de *restitutio in integrum* (2). Cette constitution, d'ailleurs un peu confuse, ne contient pas d'innovation sur ce point. La *restitutio in integrum* ne pouvait résulter que d'un décret rendu par le magistrat, et le droit de l'accorder rentrait dans l'*imperium mixtum*. Il avait même toujours été admis qu'elle ne devait être demandée qu'aux magistrats supérieurs (3). Elle n'avait donc jamais pu faire l'objet d'une sentence arbitrale.

Dans les cas où les règles qui viennent d'être exposées avaient été violées, le préteur refusait de contraindre l'arbitre récalcitrant, et, s'il avait statué volontairement, de donner, contre la partie qui avait violé la sentence, l'action nécessaire pour obtenir d'elle le paiement de la peine.

1. D. 32, § 7, h. 4.
2. Cod. 3, II. 47.
3. M. Accarias. *Op. cit.* II, nos 732 et 943. p. 1309.

Digitized by Google

CHAPITRE III

CAPACITÉ D'ÊTRE ARBITRE.

Reste à déterminer quelles personnes peuvent être prises pour arbitres. Posée ainsi d'une manière générale, la question est sujette à discussion.

De certains textes, notamment de la loi 1 de notre titre, qui établit une certaine assimiliation entre le compromis et l'instance judiciaire, et, en même temps, de la loi 41, qui, d'une incapacité d'être juge dans un cas donné, conclut à une incapacité d'être arbitre, on pourrait inférer que, pour être arbitre, il était nécessaire de pouvoir être juge. Telle est l'opinion de Doneau qui se formule ainsi : « Quicumque judices esse non possunt iidem arbitri officio fungi non possunt. »

Ces textes n'ont cependant rien de décisif. La loi 1 de notre titre, d'abord, n'a qu'un sens très-vague et certainement elle n'établit pas une assimilation absolue entre une instance et un compromis ; elle n'en voit une que dans les résultats. Le compromis, convention privée, aboutit ou tend à aboutir aux mêmes fins que l'exercice d'une action. Voilà le seul sens qu'on puisse lui attribuer sans témérité.

Digitized by Google

Quant à la loi 41, elle contient une décision assurément fort nette, mais on y remarque une erreur et, comme on le verra plus loin, un vice de raisonsonnement qui rendent suspecte l'autorité de la décision tout entière.

On a d'autant plus le droit de ne pas s'arrêter aux deux textes précités que l'assimilation que l'on croit y trouver n'est pas juridique. Comment en effet assimiler un arbitre à un juge? D'après les règles du droit romain, l'arbitre n'exerce aucune fonction publique, n'est investi d'aucune autorité. Ses pouvoirs lui sont conférés uniquement par les plaideurs. Bien plus il ne rend pas à proprement parler une sentence et sa décision n'est qu'un avis auquel les parties se sont engagées à se conformer : « Rem judicatam non facit » dit expressément Paul (1). Quelle raison y a-t-il donc de voir en lui un personnage ressemblant à un juge? Surtout quel serait l'intérêt de cette confusion puisque l'arbitre n'exerce pas les fonctions du juge?

Mais le raisonnement et la nature même des choses ne s'opposent pas seuls à l'admission du principe proclamé par Doneau. Un texte, bien plus clair que la loi 1, h. t. et jouissant d'une autorité au moins égale à celle de la loi 41, puisqu'il contient l'opinion d'Ul-

1. *Sentent.* V. t. 5. A. § 1.

Digitized by Google

pien, de Pedius et de Pomponius, établit qu'il n'y a pas à confondre l'arbitre avec le juge. D'après ce texte (D. 7, h. t.) l'*ignominiosus* peut être arbitre. Or cette même personne, d'après la loi 12, § 2, V, 1, ne peut être juge. L'argument est décisif.

Aussi vaut-il mieux admettre qu'en principe toute personne peut être arbitre.

Nous exclurons seulement ceux qu'une disposition expresse de la loi aura déclarés incapables.

Ainsi les furieux, les sourds, les muets ne peuvent être arbitres. La loi (1) qui les exclut étend sa décision jusqu'aux pupilles.

Les traditions (2) déclarent également l'esclave incapable. Les Romains, si peu juridique assurément que paraisse cette considération en matière de compromis, semblent avoir été choqués par l'idée qu'il fût possible à un esclave d'imposer une décision à des hommes libres.

Si cependant l'esclave devenait libre depuis sa nomination et avant d'avoir prononcé la sentence, il pourrait valablement statuer, dit Ulpien (3), à condition toutefois que les parties y consentissent. Ce consentement serait si nécessaire que c'est de lui que dépendrait la validité du compromis. En effet,

1. D. 9, § 1, h. t.
2. D. 7, h. t.
3. D. 9, pr. h. t.

Digitized by Google

la nomination de l'esclave était nulle : l'esclave n'était pas arbitre. Son affranchissement n'a pu à lui seul rendre valable ce qui ne l'était pas : il faut donc renouveler sa nomination et l'autoriser à statuer. Mais cette autorisation forme en réalité un nouveau compromis. L'ancien ne devient pas valable par suite de l'affranchissement de l'esclave illégalement nommé arbitre, mais, du consentement des parties, il se trouve implicitement renouvelé dans des conditions telles que rien ne le prohibe plus. Le consentement des parties ne confirme pas un acte originairement nul : il crée une situation nouvelle et régulière *ab initio*.

Ces règles ne font pas naître de difficultés quand aucun autre arbitre que l'esclave n'a été choisi. Si cependant il y avait plusieurs arbitres et que l'un d'eux fût esclave, que décider ? Ne pourrait-on pas raisonner ainsi : Deux arbitres (par exemple) ont été nommés ; l'un est libre, l'autre esclave. La nomination de ce dernier est nulle : c'est donc comme si elle n'avait pas eu lieu et il ne reste qu'un seul arbitre qui, lui, a pu être valablement désigné. Le compromis est donc régulier : l'homme libre ne pourra refuser de statuer et les parties encourront la peine si elles violent la sentence.

Ce raisonnement serait incorrect. La nomination de l'esclave, vicie la nomination de l'autre arbitre et

Digitized by Google

entraîne la nullité du compromis tout entier. Il y a indivisibilité. Les parties n'ont confié la solution de leur litige qu'à deux personnes considérées ensemble; leur volonté ne serait pas respectée si l'un des arbitres seul statuait : du moment qu'elles lui ont adjoint un collègue c'est qu'elles n'entendaient pas que l'affaire fût tranchée par lui seul.

L'homme libre ne pourra donc être contraint de rendre une sentence, et, s'il en a prononcé une, le préteur refusera l'action en paiement de la peine.

Telles sont les idées que consacre la loi 7, §§ 1 et 8, h. t.

Ces considérations n'auraient aucune valeur si les parties étaient convenues que la sentence pourrait être rendue indifféremment par l'un ou l'autre des arbitres. Alors, en effet, il n'y aurait plus de raison pour que l'homme libre ne pût statuer seul.

Les raisons qui font obstacle à ce que l'esclave soit arbitre, ne peuvent être invoquées contre la capacité du fils de famille. Celui-ci est libre et jouit d'une personnalité distincte, bien qu'il ne soit pas *sui juris*. D'ailleurs, il est capable d'être juge (1) : il peut donc à plus forte raison exercer les fonctions d'arbitre. Il le pourrait même dans un litige intéressant son *paterfamilias*. Gaius ne laisse aucun doute sur ce point (2). Mais, dira-t-on, la

1. D. 12, § 3, V, 1.
2. D. 6, h. t.

Digitized by Google

personne du père et celle du fils se confondent, et ce dernier statuera en quelque sorte ainsi dans sa propre cause, ce qu'interdit la loi 51 h. t.

Cette objection ne serait pas fondée. Sans doute, on ne peut être arbitre dans sa propre cause; mais la personne du fils ne se confond pas entièrement avec celle du père : en dehors des rapports de famille, elle reste distincte. C'est ainsi que le fils peut s'obliger valablement, disposer d'un pécule qui lui est propre comme le pécule « castrense. » D'ailleurs il peut être juge de son père et réciproquement : cela est nettement indiqué dans plusieurs textes (1); or, qui peut être juge peut à plus forte raison être arbitre.

La question est douteuse en ce qui concerne les femmes. Justinien la résoud négativement par des raisons tirées des lois de la pudeur et d'une sorte d'inaptitude naturelle (2). Mais n'a-t-il fait que consacrer une règle ancienne ou bien a-t-il innové ? Sur ce point, la discussion s'élève.

Doneau déclare les femmes incapables à toute époque. Voet de même. Noodt semble incertain et renvoie à Cujas. Ce dernier (3), s'inspirant du caractère de l'arbitre, déclare les femmes capables.

1. D. 9, I, 6-12, § 3, 77 et 78, V, 1.
2. Cod. 6, II, 56.
3. *Observ.* l. XIII, c. 23, éd. de Naples, t. III.

Digitized by Google

Mais la règle, ajoute-t-il, est sujette à un tempérament. La femme peut être arbitre, soit : aucune loi, en effet, ne lui interdit de l'être. Mais il faut qu'elle soit ingénue et « integræ famæ. » D'autre part, il n'est pas admissible (*indignum*) qu'une femme ordonne ou défende quelque chose à des hommes qui sont indépendants vis-à-vis d'elle. Cette considération restreint la portée du principe : la femme ne pourra trancher comme arbitre que les litiges qui se seront élevés entre des personnes soumises à son autorité (1).

La solution est-elle bien satisfaisante ? Et d'abord comment justifier la distinction entre les femmes *integræ famæ* et ingénues d'une part et les autres ? Aucun texte ne l'établit et nous savons du reste que l'infâme et l'affranchi peuvent être arbitres. Mais ce n'est là qu'une question secondaire.

La solution, un peu électique, de Cujas, repose sur cette considération qu'une femme ne peut commander ou défendre. L'idée est-elle bien juridique (2) ? Est-il si choquant qu'une femme commande à des hommes qui se soumettent à son autorité.

1. « ... Libertos, familiares vel quo alio jure sibi sujectas, » dit Cujas.

2. Pour montrer qu'il était admis que la femme pût jouer le rôle d'arbitre dans les litiges intéressant des personnes soumises à son autorité, Cujas invoque Homère (Odyss. VIII), et cite l'exemple de la femme d'Alcinoüs. L'argument ne nous paraît guère décisif, et nous avons été étonné de le rencontrer.

Digitized by Google

Peut-on même dire qu'il y ait commandement, puisque le lien qui enchaîne les parties après la sentence est purement conventionnel? La raison sur laquelle s'appuie la restriction au principe que les femmes peuvent être arbitres disparaissant, le principe subsiste tout entier. Selon nous, Cujas devrait donc, pour être logique, admettre qu'une femme libre peut, dans tous les cas, être arbitre.

Cette solution serait assurément juridique, mais nous aurions peine à croire que les jurisconsultes romains l'eussent adoptée. La femme était pour eux l'objet de trop de défiance; ils l'entouraient de trop de précautions contre sa faiblesse et son inexpérience pour qu'ils la crussent apte à trancher un différend. Enfin, l'idée traditionnelle qui l'écartait de tous les « officia civilia » (1) et lui interdisait de s'occuper des affaires d'autrui devait leur rendre difficile d'admettre qu'elle pût jouer le rôle d'arbitre (2).

Voici maintenant une incapacité qui repose sur des motifs bien différents, c'est celle du juge. Le juge ne peut être arbitre, du moins dans une affaire qui lui est soumise en qualité de juge. La délivrance de la formule contenant l'institution du juge oblige celui-ci à statuer dans certaines conditions.

1. D. 2, pr. L. 17.
2. D. 1 § 5, III, 1.

Digitized by Google

Il ne peut se soustraire à sa mission en modifiant le caractère de son rôle et de ses fonctions. Aussi, rien de ce qui n'est pas conforme aux prescriptions du magistrat ne produit-il de conséquences légales (1).

Reste une question, l'une des plus importantes et des plus sujettes à contreverse : à quel âge peut-on être arbitre ? Un seul texte s'y réfère : c'est un fragment de Callistrate (2).

« La loi Julia, dit ce jurisconsulte, interdit de contraindre le mineur de vingt ans à exercer les fonctions de juge ; il faut en conclure qu'il n'est pas permis de choisir pour arbitre un mineur de vingt ans ; la sentence rendue par ce dernier pourrait être impunément violée. Quant au majeur de vingt ans qui n'aurait pas dépassé vingt-cinq ans il devrait, suivant une opinion très répandue, obtenir la *restitutio in integrum* s'il avait imprudemment accepté la mission d'arbitre. »

La première partie du texte est très claire, mais la seconde a besoin de commentaires. Elle s'analyse, selon nous, de la manière suivante : la personne, majeure de vingt ans, mais mineure de vingt-cinq, choisie pour arbitre, peut obtenir la *restitutio in integrum* si elle a imprudemment acquiescé à ce choix ; par son acceptation, elle s'est engagée à rendre une

1. D. 9, § 2, h. t.
2. D. 41, h. t.

Digitized by Google

sentence : elle peut se faire dispenser d'exécuter son obligation. Mais, si elle n'obtient pas la *restitutio in integrum*, l'obligation subsiste et doit être exécutée.

Donc, selon Callistrate, un mineur de vingt ans ne peut être arbitre : la sentence qu'il aurait rendue pourrait être impunément violée. L'arbitre majeur de vingt ans mais mineur de vingt-cinq peut se faire dispenser de statuer. mais s'il statue sa sentence est valable et doit être respectée.

Cette solution trancherait la question si plusieurs considérations ne détruisaient son autorité. Elle suppose, en effet, une assimilation de l'arbitre au juge. Callistrate veut appliquer au premier la règle faite pour le second. Or, cette assimilation, comme nous avons essayé de le démontrer, est inexacte. L'interdiction de choisir pour arbitre un mineur de vingt ans qui s'appuie sur elle est donc nécessairement suspecte.

Mais, de plus, le texte qui la formule contient un vice de raisonnement évident. La loi Julia, comme l'observe le président Favre, se borne à interdire de *contraindre* le mineur de vingt ans. Or, de ce que celui-ci ne peut être contraint de statuer comme un juge, Callistrate conclut qu'il ne peut être arbitre. C'est étendre la conclusion au-delà des prémisses. Si l'assimilation était possible tout ce qu'il serait permis de dire c'est que l'arbitre mineur de vingt

Digitized by Google

ans ne peut être *contraint* de rendre une sentence.

Si Callistrate a lu la loi Julia comme si « ne pouvoir être contraint de juger » équivalait à « ne pouvoir juger valablement » il s'est également trompé car un mineur de vingt ans peut parfaitement, dans certains cas, rendre une sentence judiciaire valable (1).

Il nous est donc permis, en présence d'une décision aussi sujette à critique, d'examiner si nous ne trouverons pas ailleurs la solution que nous cherchons.

Quel est donc l'âge au-dessous duquel on ne peut être arbitre?

Un point est certain. S'il n'est pas nécessaire de pouvoir être juge pour être arbitre, toute personne capable d'être juge peut *à fortiori* être arbitre.

Donc à l'âge où l'on peut être juge on peut rendre une décision arbitrale valable. Comment déterminer cet âge?

Callistrate s'appuie sur la loi Julia. Mais cette loi, ainsi que nous l'avons déjà observé, ne décide pas qu'au dessous de vingt ans on ne peut juger valablement, mais seulement qu'il faut avoir plus de vingt ans pour pouvoir être contraint de juger (2). Or, d'autre part, nous trouvons dans

1. D., 57, XLII, 1.
2. Quelques commentateurs ont lu 30 ans au lieu de 20. Mais

Digitized by Google

un fragment d'Ulpien que la sentence judiciaire rendue par un mineur de vingt ans âgé de plus de dix-huit ans ne serait pas nulle (1). Donc l'arbitre âgé de plus de dix-huit ans peut certainement rendre une sentence valable, une sentence qui ne pourra être impunément violée.

Un autre point est certain : un impubère ne peut être arbitre (2).

La question se réduit donc aux termes suivants : la personne pubère mineure de dix-huit ans peut-elle être arbitre ?

Elle ne pourrait rendre un jugement ; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse rendre une sentence arbitrale. Ainsi que nous l'avons, vu en effet, on peut être arbitre sans être capable d'être juge. Or rien ne s'oppose à ce qu'un mineur de dix-huit ans, choisi pour arbitre, puisse valablement statuer. Les fonctions qui lui sont confiées ont un caractère tout privé ; il tire tous ses pouvoirs du choix des parties et d'une convention. Au fond même il n'a pas été investi de pouvoirs

Casaubon et Cujas (*observ.*, c. 32, t. III, p. 629) ont démontré qu'il fallait lire 20. Toutefois c'est seulement depuis le règne d'Auguste que ce chiffre est exact. Auparavant la capacité n'existait qu'à 25 ans. C'est Auguste, si on s'en rapporte à un passage de Suétone (*vita Augusti*, c. 82) qui abaissa l'âge de 25 à 20 ans.

1. D., 57, XLII, 1.
2. D., 9, h. t.

Digitized by Google

proprement dits : son rôle consiste à donner un avis que les parties se sont engagées à respecter. Il y a là une simple convention. Or les conventions sont libres et l'on peut, dans l'administration de ses affaires s'en rapporter à la décision de qui l'on veut. L'arbitre est d'un âge peu avancé mais les parties l'ont volontairement choisi. D'ailleurs il est pleinement capable (1), et la loi suppose en lui une intelligence suffisante pour administrer sa propre fortune : puisqu'il n'est pas juge, on ne saurait exiger davantage.

Ajoutons que si les idées que nous venons d'exposer n'étaient pas exactes il serait impossible d'expliquer la mention spéciale consacrée dans la loi 9 h. t. à l'exclusion de l'impubère.

Ces considérations sont d'un grand poids lorsque les parties ne se sont pas fait illusion sur l'âge de l'arbitre. Aussi, dans cette hypothèse, la validité de la sentence est-elle généralement admise. Il ne pourrait y avoir de doute que si les parties s'étaient trompées. Cependant nous croyons que leur erreur ne vicierait pas le compromis. Ce n'est pas, en effet, l'âge qu'elles attribuaient faussement à l'arbitre qui a déterminé leur choix. Ce n'est pas parce que

1. Remarquons en effet que, chez les Romains, la personne parvenue à l'âge de la puberté jouit désormais d'une capacité juridique pleine et entière.

Digitized by Google

l'arbitre paraissait avoir tel ou tel âge qu'elles l'ont nommé, c'est pour d'autres motifs qui n'ont pas disparu. Or dans ces conditions, surtout selon les principes du droit romain, l'erreur n'est pas une cause de nullité.

Donc, dans notre opinion, au-dessous de l'âge de la puberté on ne peut jouer le rôle d'arbitre, mais à partir de cet âge jusqu'à vingt-cinq ans on le peut, sauf, selon les règles générales, la faculté d'obtenir la *restitutio in integrum*. Telle est du moins la solution que le silence de textes autorise.

Mais si le mineur de vingt-cinq ans, valablement nommé, refusait de statuer après avoir accepté, pourrait-il être contraint ? Nous le croyons. Le mineur s'est régulièrement obligé : en principe les termes de l'édit le soumettent à la contrainte. C'est ce que suppose la loi 41 h. t. car, si la *restitutio in integrum* est possible, c'est qu'un lien de droit s'était formé. (1)

Seulement, si la contrainte devait causer, à l'arbitre mineur un préjudice quelconque, il serait dispensé de la subir. C'est au magistrat d'apprécier, suivant les cas, s'il y a lieu ou non d'accorder cette dispense.

1. Cela est incontestable pour la période de 20 à 25 ans. Depuis la puberté jusqu'à 20 ans il ne peut en être autrement. Il n'y a en droit romain aucune différence entre la capacité dont jouit une personne dans chacune de ces périodes.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

EXTINCTION DU COMPROMIS.

Le compromis n'était donc pas chez les Romains une convention d'un caractère propre ou d'une forme spéciale.

Néanmoins la nature des engagements des parties et de la mission de l'arbitre restreignait l'étendue des obligations auxquelles il donnait naissance et les rendait intransmissibles par voie d'hérédité.

D'abord cette adhésion donnée par avance à la décision arbitrale ne lie que la partie dont elle émane, en ce sens, que si l'un des compromettants meurt avant que l'arbitre ait statué, ses héritiers ne succéderont pas à son obligation de comparaître et de respecter la sentence (1). Le compromis sera donc dissout.

Il est permis de déroger à cette règle au moyen d'une clause déclarant le compromis obligatoire pour les héritiers. Mais cette clause n'est valable que si elle est réciproque. Faute de réciprocité la mort de l'une quelconque des parties, même de celle qui a entendu lier ses héritiers, dissout le compromis. Un texte nous l'apprend (2).

1. D. 27, § 1. h. t.
2. D. 49, § 2. h. t.

Digitized by Google

Une fois la sentence rendue l'obligation de la respecter ou de payer la peine, se transmet aux héritiers avec les autres obligations de leur auteur.

Quant à l'arbitre, en acceptant la mission de trancher un différend, il n'a obligé que lui-même. C'est sa personne que les plaideurs ont prise en considération ; c'est à son appréciation, non à celle de ses héritiers, qu'elles ont entendu se rapporter (1). Aussi la mort de l'arbitre dissout-elle le compromis.

1. D. 45. h. t.

Digitized by Google

SECTION III

De la Sentence

CHAPITRE I

INSTANCE ARBITRALE.

Le compromis formé il s'agit pour l'arbitre de procéder à l'instruction de l'affaire.

D'abord il faut convoquer les parties. Cette convocation est nécessaire. La sentence, en effet, comme nous le verrons, ne peut-être rendue qu'en présence des plaideurs.

Il y a des circonstances où l'arbitre peut convoquer d'autres personnes. C'est ce qui a lieu notamment lorsque des « *procuratores* » ont été constitués, ou lorsqu'il a été convenu que le compromis serait opposable aux héritiers. L'arbitre peut alors ordonner aux parties elles-mêmes de se joindre à leurs procureurs et aux héritiers d'assister aux débats (1).

1. D. 32 §§ 18, 19. h. t.

Digitized by Google

Le jour où l'affaire sera discutée doit en même temps être fixé. Il l'est au gré de l'arbitre (1); mais, si les parties avaient pris soin de le déterminer, leur volonté devrait être rigoureusement respectée, sinon la sentence serait nulle.

Une clause spéciale conférait souvent à l'arbitre le droit de modifier l'époque désignée. Cette clause prenait le nom de « *clausula de die proferenda* » (2). Quant l'arbitre prorogeait le jour, un nouveau compromis se formait exactement dans les mêmes conditions que le précédent. La loi 25, § § 1 et 2, h. t. ne laisse aucun doute sur ce point (3). Aussi les cautions données primitivement étaient-elles déchargées (23, § 2, h. t.), mais les parties devaient les remplacer.

Quant au lieu de l'audience, a-t-il été fixé dans le compromis, il ne peut-être changé; à défaut d'une désignation c'est là où le compromis s'est formé que les convocations doivent se faire (4).

La désignation peut être laissée au choix de l'arbitre. Mais alors ce dernier n'est pas entièrement libre et les jurisconsultes ont soin de faire observer qu'il ne pourrait choisir un lieu déshonnête (5).

1. D. 14, h. t.
2. D. 25 § 1. h.t.
3. Cujas, *ad. J. Pauli, lib in l.* 32 § 11. h.t.
4. D. 21, § 10 h.t.
5. D.21, § 11, h. t.

Digitized by Google

Les convocations se font « per nuntium » ou « per epistolam » : elles ne sont soumises à aucune forme sacramentelle (1).

Si l'arbitre n'observait pas ces diverses règles la sentence qu'il rendrait serait illégale et pourrait être impunément violée.

La discussion s'engage. L'arbitre entend les témoins, consulte les pièces, enfin forme sa conviction par tous les moyens.

Doneau (2) pense qu'il n'est pas obligé d'entendre les dires des parties. Cette affirmation, pour être exacte, ne doit pas être absolue. La seule obligation de l'arbitre est celle de rendre une sentence. Mais elle suppose l'emploi des moyens nécessaires pour élucider la question. Autrement la décision resterait en réalité étrangère au procès et ne mériterait pas le nom de sentence. Or il se peut que l'affaire soit telle qu'une solution puisse lui être donnée sans le concours des parties. C'est alors que l'opinion de Doneau est exacte. Si au contraire les explications des plaideurs se trouvaient nécessaires, nous croyons que l'arbitre ne pourrait s'en passer. Mais quand y aura-t-il nécessité ? C'est là une pure question de fait.

Les parties, durant l'instance, doivent comparaître

1. D. 49, § 1, h. t.
2. T. VI, l. 477, XIII.

Digitized by Google

et faire le possible pour que la sentence puisse être rendue. Cette double obligation se trouve comprise dans celle de s'en rapporter à l'arbitre et garantie par les promesses de peine consenties au début.

Si donc l'un des plaideurs ne comparaît pas, ne produit pas ses pièces, en un mot néglige de prêter son concours, « præbere operam », malgré les injonctions de l'arbitre, il encourt la peine. Il n'existe pas d'autre mode de sanction et l'arbitre ne peut exercer aucune contrainte, même indirecte, contre les parties. Ses fonctions n'ont en effet aucun caractère public et il n'est investi d'aucune autorité légale (1).

1. La loi pr. 39 h. t. semble à première vue consacrer une solution contraire. Nous y lisons en effet : « Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit pecuniam eum adversario dare jubendo. » Mais une double objection, comme l'ont observé tous les commentateurs, se présente à l'esprit. D'une part il est inadmissible qu'un simple particulier puisse condamner à une peine (2, § 8, V. 1). D'autre part, pour prononcer une condamnation, l'arbitre devrait rendre une sentence. Or cela lui est impossible lorsque l'une des parties fait défaut (27, § 4, h. t.). On ne conçoit donc même pas l'hypotèse énoncée dans la loi 39. Comment résoudre la difficulté ? — On est d'accord en premier lieu pour remplacer le mot « idem » par « siquidem. » Mais cette correction ne suffit pas. A. Faber prend le texte à la lettre, mais il regarde la condamnation prononcée par l'arbitre comme dépourvue d'autorité légale en ce sens que le défaillant pourra s'y soustraire en payant la peine promise lors du compromis. (Ration. in. l. 39, IV, 8). Il faut avouer que si le texte a le sens que lui prête A. Faber il ne présente guère d'intérêt. — Noodt propose une autre interprétation. D'abord il supprime les mots « pecuniam eum adversario dare jubendo. » Cela fait, pour que la loi 39 s'explique sans difficulté, il suffit, selon lui, de ne pas

Digitized by Google

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA SENTENCE,

L'instruction terminée la sentence est rendue. S'il y a plusieurs arbitres, chacun d'eux doit donner son avis à peine de nullité : c'est de ces décisions partielles que se formera la décision générale et définitive.

Les plaideurs, comme l'observe Ulpien (1), ont confié la solution du litige à tous les arbitres réunis. La sentence rendue par quelques-uns d'entre eux n'est pas celle à laquelle ils ont adhéré d'avance. Rien de plus rationnel : peut-être l'arbitre absent aurait-il amené ses collègues à prendre une autre décision. Du moment d'ailleurs qu'il a été nommé c'était pour qu'il statuât.

Aussi chacun des arbitres peut-il à bon droit refuser de se prononcer si l'un de ces collègues fait défaut : le préteur ne le contraindra pas seul (2).

prendre les mots « contumaciam punire poterit » à la lettre et de le lire comme s'il y avait « facere ut puniatur. » C'est ainsi qu'on interprète des expressions analogues dans la loi 6 § 5, III, 2, et 6 § 2, XLVIII, 5. Le sens est alors celui-ci : l'ordre de comparaître donné par l'arbitre aura pour conséquence d'entraîner pour la partie qui l'enfreindra l'obligation de payer la peine promise lors du compromis.

1. D. 7, § 7, h. t.
2. D. 17, § 2. 32, § 14, h. t.

Digitized by Google

Mais supposons cette règle observée. Qu'arrivera-t-il s'il y a désaccord entre les arbitres? L'unanimité ne pouvait être exigée « propter naturalem homium ad dissentiendum facultatem » selon l'expression d'Ulpien. La majorité suffisait (1).

Mais il se pouvait qu'il y eût partage, c'est-à-dire qu'aucune des différentes opinions émises n'eût pour elle seule plus de voix que les autres réunies. Le compromis n'était pas nul par cela seul. Mais pour faire cesser le partage, un arbitre supplémentaire devait être nommé. Il pouvait être désigné dans le compromis même, mais à condition de l'être nominativement. S'il avait simplement été convenu que les arbitres, en cas de partage, devraient s'adjoindre un collègue, non seulement la clause serait nulle, mais encore le compromis tout entier serait vicié. Il se pourrait en effet, dit Ulpien, que l'entente ne s'établît pas sur la personne à désigner et qu'il fut par suite impossible d'arriver à une solution. Cette considération faisait décider que les arbitres originaires ne pourraient pas même être contraints de statuer (2).

Le compromis est-il muet : Alors les arbitres doivent eux-mêmes choisir un départiteur, et ils faut

1. D. 17, §§ 6 et 7. 27, § 3, h. t.
2. D. 17, § 5, h. t.

Digitized by Google

qu'ils s'entendent : le préteur les y contraindra au besoin (1).

Mais s'il en est ainsi on observe une antinomie entre cette disposition et les précédentes. Les parties ont-elles mentionné le droit des arbitres de s'adjoindre un collègue, sans désigner celui-ci nominativement, le compromis est nul : « puto tale compromissum non valere » dit Ulpien. Ont-elles au contraire gardé le silence, non seulement les arbitres pourront, mais encore ils devront nommer un départiteur. Il n'y a cependant pas plus de chance de voir une entente s'établir d'elle-même dans ce dernier cas que dans celui où l'adjonction a été prévue par le compromis. C'est donc manquer de logique que de ne pas adopter une solution semblable dans les deux hypothèses. De plus, nous nous trouvons de la sorte en présence d'un pouvoir qu'on ne peut exercer que lorsqu'on n'y a pas été autorisé.

La contradiction est manifeste. Faut-il donc la prêter à Ulpien et ne vaut-il pas mieux considérer l'opinion de celui-ci comme reproduite inexactement par les compilateurs du Digeste ou mal interprétée par les commentateurs?

Glück prend ce dernier parti (2). Pour lui les

1. Cf. D. 110. L. 17.
2. Erlaüt. der. Paud. VI, pp. 82-85.

Digitized by Google

mots « tale compromissum non valere » signifient, non pas, « le compromis est nul » mais « le compromis ne peut aboutir à une solution du litige » (1).

Cette explication est inadmissible. D'abord les mots « non valere » ont un sens clair et précis : ce sont ceux que l'on emploie lorsqu'il s'agit d'une nullité. De plus la traduction de Glück ne supprime pas la difficulté car lorsque le compromis n'est pas assuré de produire un effet il n'est pas reconnu par le préteur et les arbitres, par conséquent, peuvent impunément refuser de statuer.

Il se peut que le partage ne porte que sur le chiffre de la condamnation. Les arbitres, par exemple, sont d'accord sur un point : le défendeur doit être condamné. Mais quel sera le montant de la condamnation ? L'un propose 5, l'autre 10, le troisième 15. Aucun de ces chiffre, pris en lui-même, n'a pour lui la majorité absolue. Mais les Romains observent que le moins élevé peut être considéré comme accepté à l'unanimité. En effet, ceux des arbitres qui ont taxé la condamnation à 10 ou à 15 ont implicitement et *a fortiori* admis le chiffre 5. Aussi la loi

1. Voici l'intérêt pratique de cette interprétation : si le compromis est nul les arbitres ne pourront être contraints de statuer. S'il ne l'est pas ils ne pourront se soustraire à leur mission sauf à n'arriver à aucun résultat.

Digitized by Google

27 § 3, *h. t.*, décide-t-elle que la sentence doit condamner la partie à 5 (1).

Il eût été également rationnel de décider que le chiffre 10 devrait être consacré. Car, s'il n'a pas l'unanimité, il a la majorité et celle-ci suffit. Mais il fallait choisir entre un chiffre ayant pour lui l'unanimité et un chiffre accepté seulement par la majorité. On s'explique aisément que les Romains aient préféré le premier.

Nous avons dit que la sentence contenait et consacrait l'opinion de l'arbitre. Celui-ci a précisément pour mission de trancher la question litigieuse comme il l'entend ; c'est à son appréciation que se sont confiées les parties. Aussi ne doit-il s'inspirer que de sa conviction et de sa conscience. Il est entièrement libre. La règle est absolue (2). Ni le préteur ni les parties ne peuvent s'immiscer dans sa décision. Non seulement il est libre mais encore il doit consacrer son opinion personnelle : c'est elle que les parties se sont engagées à respecter et qu'il s'est lui-même chargé de formuler. Aussi ne pourrait-il remettre la solution du litige à une autre personne de son choix (3).

Il s'est également obligé à trancher le différend.

1. *Cf.* D. 110. L. 17.
2. D. 17, § 3, 19 pr., *h. t.*
3. D. 32, § 16 ; 19, § 1, *h. t.*

Digitized by Google

La sentence doit donc contenir une solution définitive : il ne faut pas quelle soit de nature à faire revivre en quelque sorte le litige et rouvrir les débats.

L'arbitre, en un mot, doit rendre une sentence. Or une sentence, pour mériter ce nom, doit contenir une opinion personnelle qui mettre fin au différend (1).

Sauf l'observation de ces diverses règles l'arbitre est tellement libre qu'il n'est pas obligé de respecter les règles du droit. Nous verrons en effet qu'une sentence inique est parfaitement valable. A plus forte raison en est-il de même d'une sentence qui n'est qne contraire aux règles du droit.

Les textes même consacrent ce principe. « Qualem autem sententiam dicat arbiter, dit Paul, rapportant une décision de Labéon, ad prætorem non pertinet». Qu'est ce à dire sinon que le préteur n'a pas à le diriger comme il le fait pour le juge auquel il impose une formule « Quid enim est arbitrium? dit Cujas. Libera facultas dicendæ sententiæ » (2).

Si toutefois l'arbitre avait ordonné quelque chose d'illicite, les parties ne devraient pas respecter sa décision (3). L'obligation de respecter la sentence aurait alors un objet illicite et la promesse de peine

1. D. 19, § 1, *h. t.*
2. D. 17, § 3, *h. t.*
3. D. 21, § 7, *h. t.*

Digitized by Google

qui la sanctionnerait cesserait par cela seul d'être valable.

Cependant cette liberté n'existe qu'en ce qui concerne le choix d'une décision. L'arbitre est libre, mais seulement pour trancher la question qui lui est soumise. Le compromis est la mesure de ses pouvoirs et de ses obligations. L'arbitre a tous les pouvoirs qui lui ont été conférés, mais seulement dans la mesure où ils le lui ont été. Mais en même temps il doit remplir sa mission tout entière car il s'y est engagé.

Ainsi, d'une part il ne peut s'occuper que de ce qui lui a été soumis; d'autre part il doit résoudre toutes les questions qui lui ont été confiées (1). Par exemple, lorsque le litige porte sur plusieurs points, il doit statuer sur tous ces points, ou, si plusieurs questions étrangères les unes aux autres lui ont été soumises à la fois pour qu'il eût à les trancher ensemble, il ne peut se borner à l'examen de quelques-unes d'entre elles. Le compromis lui trace ses devoirs et l'oblige rigoureusement (2).

Reste une dernière condition : la sentence doit être rendue en présence des parties. La règle est absolue. Le défaut d'un seul des plaideurs est une cause de nullité. Nous verrons qu'il n'est pas sans conséquences à l'égard du défaillant.

1. D. 32, § 15. — 46, *h. t.*
2. D. 21, pr. *h. t.*

Digitized by Google

La présence doit être effective, en d'autres termes les parties ne doivent pas seulement comparaître corporellement : il faut encore qu'elles soient en état de comprendre ce dont il s'agit. « Coram autem dicere sententiam videtur qui sapientibus dicet. » Ainsi lorsque l'une d'elles est en état de démence, elle est considérée comme défaillante à moins que son curateur ne l'assiste (1). De même, dans l'hypothèse où le compromis, en vertu d'une clause formelle, est opposable aux héritiers, si l'un des plaideurs est mort laissant un héritier impubère la sentence ne pourra être valablement rendue qu'en présence de l'impubère assisté de son tuteur (2).

C'est, en effet, la personne juridique et non pas seulement la personne physique dont la présence est exigé. Lors donc que l'une des parties est incapable, elle ne sera considérée comme présente que si elle s'adjoint celui dont l'assistance complète ce qui manque à sa personnalité juridique.

Bien entendu la convention peut déroger à ces diverses règles et autoriser l'arbitre à statuer même en l'absence des parties (3).

Lorsque toutes les conditions qui viennent d'être

1. D. 27, § 5, *h, t.* ; 209, L. 16.
2. D. 47, *h. t.*
3. D. 27, § 4, *h. t.*

Digitized by Google

énumérées ne sont pas réunies, la sentence n'a pas d'existence légale. Tout se passe comme si l'arbitre n'avait pas statué. La partie qui violerait la décision irrégulière n'encourait pas la peine. Quant à l'arbitre, il n'aurait pas encore rempli sa mission : il devrait donc statuer régulièrement et au besoin le préteur l'y contraindrait. « Non videtur dicta sententia, dit Paul (1), sed erit adhuc a prætore cogendus. »

Au contraire, la sentence une fois régulièrement rendue, la mission de l'arbitre est terminée : ses pouvoirs sont expirés et la décision ne pourrait plus être modifiée (2).

Cela n'est vrai, bien entendu, que d'une sentence définitive. S'il s'agissait d'une décision préparatoire ou interlocutoire, comme l'observe Cujas, rien ne s'opposerait à ce que celle-ci fut modifiée, parce qu'elle ne constitue pas à proprement parler une sentence arbitrale et laisse subsister les pouvoirs de l'arbitre. Sabinus, paraît-il, n'avait pas fait la distinction. Cassius fut obligé, pour sauver les apparences, de soutenir, en dépit des témoignages les plus positifs, que son maître n'avait eu en vue que la sentence préparatoire (3).

1. D. 19, § 1, h. t.
2. D. 19, § 2 — 20, h. t.
3. D. 19, § 2, h. t.

Digitized by Google

CHAPITRE III

CARACTÈRE ET EFFETS DE LA SENTENCE.

La sentence a été régulièrement rendue. Quel est son caractère? Quels sont ses effets?

L'arbitre, nous le savons, n'exerce qu'une fonction d'ordre privé; il ne tient ses pouvoirs que de la volonté des parties. Aussi la décision qu'il rend ne peut-elle être assimilée à un jugement. C'est ainsi, comme nous l'avons vu, qu'elle n'emporte pas infamie (1). Elle n'a pas non plus autorité de chose jugée. « Ex compromisso, dit nettement Paul (2), judex sumptus rem judicatam non facit. » La loi 3, III, 13, cod., exprime la même idée.

Il ne sera donc pas possible aux parties de recourir aux voies d'exécution forcée, ni, en cas de contestation, à l'action *judicati*. « Nec judicati actio inde præstari potest », dit une constitution d'Antonin (3).

La sentence n'est donc pas obligatoire en elle-même comme décision d'une autorité à laquelle on

1. D. 13. § 5, III, 2.
2. Sent. V, t. 5. A. § 1.
3. Cod. 1, II. 56.

Digitized by Google

doit obéir ; mais elle établit une situation juridique acceptée d'avance par les parties. Les plaideurs sont liés, non pas en vertu de la sentence même, mais en vertu de la convention antérieure à la suite de laquelle l'arbitre a été appelé à statuer.

La sentence sera donc soumise aux règles qui régissent les conventions.

Ainsi, bien qu'inique, elle sera valable (1). D'une part, en effet, l'arbitre était libre de statuer comme il l'entendrait ; d'autre part, les plaideurs ont adhéré d'avance à sa décision, quelle qu'elle pût être. Si elles ont à s'en plaindre, c'est à elles seules qu'elles doivent s'en prendre : « Sibi imputet qui promisit. » La solution, nettement consacrée par les textes, est rigoureuse, mais logique. La sentence ne crée qu'un lien conventionnel et une convention ne devient pas nulle parce qu'elle nuit à l'une des parties. L'idée de justice en cette matière n'a aucun rôle à jouer : elle ne peut intervenir que dans les jugements.

Il ne pourrait même être interjeté appel.

La sentence arbitrale chez les romains est en effet définitive. Cette règle se rattache au même principe que la précédente : une convention ne peut être réformée par une autre autorité que celle des parties qui lui ont donné naissance (2).

1. D. 27, § 2. h. t.. 76, XVII, 2.
2. D. 32 § 14. h. t. 76. XVII, 2. — Cod. 1, II, 56.

Digitized by Google

Cependant la loi 23 *de appellationibus* reconnaît formellement au perdant le droit d'appel. « Ex consensu litigantium circa compromissum a præside provinciæ judice dato victus potest provocare. » (1) Comment concilier cette affirmation avec la règle très nette que nous avons trouvée dans le titre du Compromis au Digeste et au Code ?

Nous croyons, avec Cujas, (2) que le texte a été altéré. C'est « *citrà* » et non « *circa* » qu'il faut lire. Nous justifions cette correction en invoquant le texte de l'édition *florentine* et celui des Basiliques où on lit χώρις, c'est-à-dire « sans. » La loi 23 se réfère dès lors, non plus à l'hypothèse d'un compromis, mais au contraire à l'hypothèse où il n'y a pas eu compromis, où un juge a été donné aux parties sans qu'un compromis fût intervenu, « citra compromissum. » La sentence rendue est alors une sentence judiciaire et peut être frappée d'appel.

Ainsi donc point de recours contre la sentence lorsqu'elle est régulière. Mais cette règle ne s'entend que d'un recours tendant à faire réformer la sentence par une autorité étrangère, et la raison qui la justifie en trace les limites. On ne peut appeler d'une sentence arbitrale parce qu'on ne peut appeler d'une convention. Mais toute convention régu-

1. Fr. Papin, l. XIX, Respons.
2. In lib. XIX, Resp. Papin, ad. l. 23. de Appell.

Digitized by Google

lière en la forme ne lie pas définitivement les parties lorsqu'elle se trouve viciée par suite de diverses circonstances et notamment par l'effet du dol des parties. Si donc la sentence, bien qu'inique, ne peut être réformée par voie d'appel, ce n'est pas à dire que si elle porte les traces du dol de l'une des parties de la corruption ou du dol même de l'arbitre, elle doive être exécutée. Le dol la vicie comme il vicie une convention. Chaque partie, selon l'observation d'Ulpien (1), ne s'est obligée à respecter la sentence qu'autant qu'aucun dol ne serait commis, et dol est pris dans un sens large et comprend toute manœuvre frauduleuse.

C'est ainsi qu'il y aura dol selon Ulpien, (2) lorsque l'une des parties aura corrompu par un moyen quelconque soit l'arbitre, soit l'avocat de l'autre partie, soit toute personne à laquelle celle-ci aurait confié la gestion de l'affaire litigieuse, ou encore lorsqu'elle l'aura trompé par des manœuvres frauduleuses, enfin « si in hac lite dolose versatus est. » Si l'arbitre, de son propre mouvement s'était montré partial la sentence serait encore viciée. C'est la solution qu'avait donnée l'empereur Antonin dans une hypothèse où l'arbitre était d'une partialité évi-

1. D. 31. h. t.
2. D. 31. h.t.

Digitized by Google

dente et avait statué bien qu'il eût été récusé. (1). Il y a en effet dol de la part du gagnant à invoquer une sentence rendue dans de pareilles conditions. (2)

La victime pourra violer impunément la sentence et, si la peine lui était réclamée, elle paralyserait la poursuite au moyen de l'exception de dol. Dans le cas même où elle aurait exécuté la sentence par erreur, elle pourrait exercer la *condictio indebiti.* (3) Celui qui a payé par erreur lorsqu'il était couvert par une exception perpétuelle est en effet considéré comme ayant payé l'indu. (4)

Si la *clausula doli,* c'est-à-dire la stipulation par laquelle les parties se seraient obligées à s'abstenir de tout dol, avait été adjointe au compromis, la victime pourrait, non-seulement refuser le paiement

1. D. 32, § 14, h.t.

2. Cette disposition détermine exactement la portée de la règle qui déclare inattaquable la sentence inique. Il s'agit d'une sentence rendue de bonne foi par l'arbitre et inique signifie contraire aux principes à la justice.

3. D'après Doneau (C. 478. XV), cette répétition serait obtenue au moyen de l'action de dol. C'est là selon nous une erreur. L'action de dol ne peut être donnée qu'à défaut de toute autre voie. Or dans l'hypothèse on pourrait exercer la *condictio indebiti.* L'action de dol ne pourrait être obtenue pour répéter l'*indu.* Mais si l'exécution avait causé un préjudice à la victime, l'action de dol pourrait avoir pour objet la réparation de ce préjudice même après l'exercice de la *condictio indibiti.*

4. Fr. Vatic. § 266.

Digitized by Google

de la peine, mais encore réclamer à l'auteur du dol la réparation du préjudice que ses manœuvres frauduleuses lui auraient causé. Cette demande d'indemnité prendrait la forme de l'action « ex stipulatu » : elle tendrait en effet à l'exécution d'une obligation civile contractée verbalement.

Ainsi, bien que la sentence ne puisse être réformée, le dol ne peut nuire aux parties. La victime trouve un remède dans l'exception de dol qui lui permet de ne pas respecter la sentence, et, si le dol lui a causé un préjudice, dans l'action *ex stipulatu* ou dans l'action de dol qui lui sont ouvertes suivant les cas (1) comme voies de recours en indemnité, enfin, dans la *condictio indebiti*, si elle avait exécuté par erreur.

Quelle que soit la voie suivie il y a, non pas réformation, mais annulation de la sentence. Aussi ne comprenons-nous pas que Paul voie dans l'usage de l'exception de dol une sorte d'appel. Il est indiscutable que jusqu'à un certain point, cette exception produit les effets de l'appel, mais elle est loin de les produire tous, et, juridiquement, on ne saurait l'assimiler à l'appel. L'appel a pour conséquence la substitution d'une décision judiciaire émanée d'un

1. L'action de dol, en raison de son caractère subsidiaire, ne peut jamais s'ouvrir quand une *clausula doli* a été insérée dans le compromis parce qu'alors la victime peut obtenir l'action *ex stipulatu*.

Digitized by Google

juge supérieur à la décision attaquée ; l'exception de dol ne fait que paralyser les effets de la sentence(1).

CHAPITRE IV.

EXÉCUTION.

La sentence rendue, les parties sont définitivement liées: elles doivent exécuter les ordres et respecter les dépenses de l'arbitre, sinon elles encourent la peine promise lors du compromis (2). Tel est le principe.

1. Le président Favre critique également l'idée de Paul non sans une certaine vivacité : « Est enim hæc illatio sane inepta et perabsurda quum nihil commune habeat hæc doli exceptio cum appellatione. » (Ration. I. p. 828).

Peut-être, pour justifier Paul, pourrait-on dire que l'exception de dol produit les effets de l'appel en ce sens que d'une part elle annihile les effets de la sentence et que de l'autre elle rend une nouvelle sentence nécessaire à la solution du litige. Ce serait s'arrêter à des considérations bien peu juridiques. D'abord il se pourrait qu'aucune nouvelle sentence n'intervînt. Ensuite la nouvelle sentence ne se substituerait pas à la première et ce ne serait pas l'exception de dol qui l'aurait provoquée. Il n'y aurait toujours pas d'analogie entre elle et la sentence prononcée par le juge supérieur en cas d'appel.

2. D. 44,h.t. Nous avons vu que la peine pouvait être encourue sans que la sentence eût été rendue, par exemple en cas de défaut de l'une des parties.

Digitized by Google

Mais quand pourra-t-on dire que la sentence a été violée? A quelles conditions la violation fera-t-elle encourir la peine? C'est l'application des règles relatives à la « stipulatio pœnæ » qui, en général, détermine la réponse à ces diverses questions.

Il est inutile d'observer que la sentence doit réunir les caractères légaux. Quant à ces caractères, nous les avons étudiés. Supposons donc la sentence régulière.

C'est évidemment la violer que de faire ce qui a été défendu, ou d'omettre ce qui a été ordonné par l'arbitre (1)? Ainsi, par exemple, le demandeur encourt la peine s'il poursuit le défendeur absous (2). Mais, au contraire, dans l'hypothèse d'un compromis relatif à tous les différends des parties, si par erreur quelques-uns des points litigieux n'avaient pas été soumis à l'arbitre, la partie intéressée pourrait les déduire en justice sans encourir la peine. La sentence n'aurait, en effet, pas été violée (3).

1. D. 121, L. 17.
2. D. 29, h. t.
3. D. 43, h. t. Il faut supposer que ces points n'ont pas été soumis à l'arbitre (*in petitionem deductæ*) malgré la convention d'arbitrage, et cela par erreur ou par oubli. Si c'était l'arbitre qui avait omis de statuer à leur égard, nous savons que la sentence ne serait pas considérée comme rendue. Si l'omission était due à la mauvaise foi de l'un des plaideurs, celui-ci pourrait, sans doute, déduire en justice les questions omises, mais il encourrait la peine en raison de sa mauvaise foi. Il était obligé à faire son possible pour que la sentence réglât tous les points liti-

Digitized by Google

Pour déterminer ce qui a été ordonné ou défendu, il faut interpréter la sentence largement et ne pas s'en tenir rigoureusement à la lettre des expressions de l'arbitre. C'est l'opinion, l'intention de celui-ci qu'il faut rechercher, car c'est elle, en somme, qui doit trancher le différend.

Il n'est donc pas nécessaire que la défense ou l'ordre soit formellement exprimé. Il suffit que la sentence implique un ordre ou une défense. Ainsi, comme l'observe Ulpien, l'expression « nihil videri Titium debere Seio » équivaudrait à une interdiction faite à Seius de rien réclamer à son adversaire (1). Ainsi, encore, la sentence peut être violée sans que la lettre de l'ordre ou de la défense ait été rigoureusement empreinte. C'est ce qui arrive, nous dit Ulpien, lorsque, le défendeur ayant été absous, le demandeur, sans rien lui demander, poursuit son fidéjusseur, car le débiteur principal doit alors rembourser ce dernier et c'est lui qui, en définitive, malgré son absolution, subit les effets de la poursuite. C'est donc comme s'il était lui-même poursuivi. Mais il n'en serait pas de même si c'était avec le fidéjusseur que le compromis eût été conclu : l'inter-

gieux et sa promesse de peine servait de sanction à cette obligation comme à celle d'obéir à l'arbitre.

1. 21 § 1, h. t.

Digitized by Google

diction de poursuivre le fidéjusseur n'entraînerait pas celle de poursuivre le débiteur principal (1)?

Une hypothèse analogue est proposée par Paul dans la loi 34, h. t. Il y a deux « correi stipulandi. » L'un d'entre eux compromet avec le débiteur et se voit interdire par l'arbitre de réclamer le montant de sa créance. S'il viole lui-même la sentence, il encourra sans aucun doute la peine. Mais l'encourra-t-il de même si c'est l'autre créancier, resté étranger au compromis, qui poursuit le débiteur? Cette poursuite équivaudra-t-elle à une violation de la sentence comme si les deux co-créanciers n'en faisaient qu'un? — Ou bien encore il n'y a qu'un seul créancier, mais il y a deux « correi promittendi. » L'un de ceux-ci conteste au créancier son droit, et, un compromis étant intervenu, triomphe devant l'arbitre. Il ne peut plus être poursuivi; mais son co-débiteur peut-il l'être sans que le demandeur encoure la peine? — Oui, répond Paul, s'il n'y a pas société entre les co-débiteurs et les co-créanciers; non au contraire s'il y a société. Dans le premier cas en effet, si c'est le co-créancier qui poursuit, cette poursuite ne peut être considérée comme émanant de celui qui a compromis puisqu'elle ne doit pas lui profiter; de même si le co-débiteur est poursuivi, les effets de cette poursuite n'atteignent pas le co-

1. D. 29, h. t.

Digitized by Google

débiteur absous par l'arbitre. Si au contraire il y a société, la poursuite profitant aux deux créanciers et atteignant les deux débiteurs, on peut dire que le créancier qui ne pouvait poursuivre a poursuivi, et que le débiteur mis par l'arbitre à l'abri de toute réclamation a été poursuivi. Cette solution nous semble rationnelle.

Le même principe conduit à décider qu'il n'y a pas à distinguer si c'est l'une des parties ou son héritier qui viole la sentence. Quel qu'il soit, l'auteur de la violation encourt la peine. Cette règle est formulée par Celsus dans l'hypothèse où l'héritier du demandeur débouté a poursuivi le défendeur malgré l'absolution de celui-ci (1). Elle s'étendait selon toute vraisemblance au cas où, le défendeur ayant été condamné, son héritier refusait d'exécuter.

Mais, pourrait-on objecter, les obligations nées ou compromis ne s'étendent pas aux héritiers. « Morte solvetur compromissum », dit la loi 27 § 1 h. t. confirmée par la loi 49 § 2. Si le compromettant n'a engagé que lui-même, comment son héritier sera-t-il tenu de respecter la sentence? — Il y aurait là une erreur. Ce qui ne s'étend pas aux héritiers, c'est l'obligation de soumettre le différend à l'arbitre,

1. D. 37. h. t.

Digitized by Google

l'obligation d'accepter d'avance les résultats un peu aléatoires d'une sentence arbitrale. Mais, une fois la sentence rendue, ces risques auxquels l'héritier ne pouvait être exposé malgré lui ont disparu. Une dette certaine a pris naissance du consentement même des parties, et il n'y a pas de raison pour que cette dette ne soit pas soumise aux mêmes règles que les autres et ne se transmette pas aux héritiers.

Toutes ces diverses règles sont subordonnées à la condition que la violation aura dépendu de la partie, que celle-ci en sera responsable. Nul n'est tenu à l'impossible et ne répond de la force majeure. Si donc le condamné n'a pu réellement exécuter la sentence il ne sera pas considéré comme l'ayant violée (1). Mais il est nécessaire qu'il ait fait tout ce qui dépendait de lui pour obéir à l'arbitre. Noodt justifie cette solution équitable et conforme aux principes généraux du droit par cette considération qu'au fond l'arbitre n'avait pas ordonné à la partie autre chose que ce qui lui serait possible. Il n'y a donc pas eu violation de la sentence. Cela est vrai ; mais pourquoi l'ordre de l'arbitre doit-il être interprété de cette manière ? C'est précisément parce que nul n'est tenu à l'impossible et que l'arbitre est censé avoir pris en considération ce principe. C'est

1. D. 23, § 2, *h. t.*

Digitized by Google

donc ce dernier qu'on applique en définitive, et, ce qui le prouve, c'est que, lors même que l'arbitre n'aurait pas eu l'intention d'en tenir compte, la partie qui se serait trouvée dans l'impossibilité d'exécuter n'encourrait pas la peine.

Mais de ce que le condamné doit faire tous ses efforts pour exécuter il s'ensuit qu'il ne doit rester irresponsable de l'inexécution qu'autant que l'impossibilité subsiste. Celle-ci disparaissant il doit exécuter (1).

Cette règle s'appliquera souvent dans l'hypothèse où une date aura été fixée pour l'exécution. Il pourra se faire qu'il soit impossible d'exécuter au jour déterminé, par exemple, comme le suppose Ulpien, si le gagnant est empêché par une maladie de recevoir le paiement. Dans ce cas il est inadmissible que le condamné se trouve libéré : il devra donc exécuter dès que son adversaire sera en état de recevoir. Proculus, paraît-il, considérait le débiteur comme libéré par cela seul qu'une juste cause l'avait empêché de payer à l'échéance. Mais Celsus et Ulpien ne partageaient pas son opinion (2). Il y a, disaient-ils judicieusement, deux injonctions dans la sentence arbitrale, l'une relative à l'obligation de payer, l'autre relative au jour du paiement. Le condamné se trouve libéré

1. D. 23, *h. t.*
2. D. 23, § 1. *h. t.*

Digitized by Google

de cette dernière mais l'autre subsiste : il a cessé d'être tenu de payer *tel jour* mais il reste obligé de payer en général : une dette sans échéance déterminée reste à sa charge.

Au cas de force majeure il faut ajouter celui du dol de l'adversaire (1). Rien de plus rationnel et de plus équitable.

L'application des principes qui viennent d'être exposés ne donne naissance à aucune difficulté lors que c'est un fait négatif qui forme l'objet de la condamnation. Une interdiction a-t-elle été prononcée par l'arbitre : dès que le fait interdit a été volontairement commis la peine est encourue.

Au contraire, lorsqu'un acte positif a été ordonné à l'une des parties une question se présente. La violation consiste dans l'omission de cet acte. Mais le condamné ne peut évidemment pas être contraint d'exécuter dès que la sentence a été rendue. A partir de quel moment son abstention constituera-t-elle une violation de la sentence ?

Si un délai avait été fixé la peine serait encourue faute d'exécution dans ce délai, et elle le serait sans « interpellatio » préalable (2). Il ne servirait de rien au débiteur d'offrir plus tard le paiement (3).

1. D. 31, *h. t.*
2. D. 23. XLIV. 7. — Cod. 12. VIII. 38.
3. D. 23. pr. h. t.

Digitized by Google

Mais supposons que l'arbitre n'a pas déterminé l'époque de l'exécution.

Que la partie condamnée jouisse alors d'un certain délai c'est ce qui ne peut faire aucun doute ; la raison l'exige non moins que l'équité. Les jurisconsultes romains l'avaient reconnu et ils accordaient un peu de temps « *modicum tempus* » (1). Mais quelle est l'étendue de ce délai ? Voilà le point important de la question.

Or nous voyons dans un texte d'Ulpien (2) que le débiteur d'une dette pure et simple qui se déclare prêt à payer peut obtenir un délai qualifié « modicum tempus » égal à celui dont jouit le débiteur condamné judiciairement (3). Selon toute vraisemblance c'est un délai d'égale durée qui était accordé au plaideur condamné par l'arbitre. D'abord on ne pouvait le traiter plus rigoureusement qu'un débiteur pur et simple, et ensuite, puisque le compromis tenait lieu d'une instance judiciaire, il se trouvait en fait dans la même situation que la partie qui aurait succombé devant un juge. Le temps qui était considéré comme nécessaire à celle-ci pour

1. D. 21 § 12. h. t.
2. D., 21, V, 1.
3. Ce délai était d'un mois selon la législation des Douze-Tables : il avait été doublé par le préteur. M. Accarias, *op. cit.*, II, no 780.

Digitized by Google

se préparer à l'exécution ne pouvait lui être refusé (1).

Le délai une fois expiré la peine est aussitôt encourue.

Cependant, dit Ulpien, si le débiteur paie avant qu'il y ait eu « judicium acceptum » (2) le créancier ne pourra pas agir ex *stipulatu*. Voici l'hypothèse : la partie condamnée n'exécute pas. Le délai une fois expiré, son adversaire use de ses droits et lui réclame le montant de la peine. Les deux parties comparaissent *in jure*. Il semble que le demandeur doive certainement obtenir l'action ex *stipulatu* ; néanmoins il ne l'obtiendra pas si le débiteur en retard exécute la sentence arbitrale avant la « litis contestatio », de telle sorte qu'en définitive la peine ne sera pas encourue.

Quel est le motif de cette règle. On ne l'aperçoit pas clairement. Cependant il est permis de supposer qu'il se trouve dans une considération d'équité. Toutes les fois que le défendeur *in jure* fournit ou offre satisfaction la formule n'est pas délivrée contre lui. Sans doute en principe cette règle ne s'applique que lorsque la satisfaction est adéquate à la

1. Nous ne saurions adopter la solution de Doneau qui accorde dix jours au perdant par ce motif que dans l'hypothèse d'un constitut le débiteur avait dix jours pour payer lors qu'aucun délai n'avait été fixé (21, § 1, XIII, 5, D.). Car quel rapport y a-t-il entre un constitut et l'obligation née d'un compromis ?

2. D.. 21, § 12, *in f.*, h. t.

Digitized by Google

demande, et, dans notre hypothèse, rigoureusement le préteur ne devrait en tenir compte que si le défendeur offrait le paiement de la peine. Mais il est équitable de considérer l'exécution de la sentence arbitrale comme une satisfaction suffisante ; c'est elle en définitive qui a le plus d'importance pour le gagnant puisque le paiement de la peine ne devrait avoir lieu qu'à son défaut et n'était qu'un moyen indirect de l'obtenir.

Mais, pour que cette règle s'applique il faut qu'elle ne lèse pas le gagnant. Lorsque celui-ci avait intérêt à ce que l'exécution de la sentence arbitrale eût lieu au moment précis de l'échéance il ne saurait être tenu de se contenter d'une exécution postérieure. Dans ce cas le débiteur en retard offrirait en vain de s'acquiter avant la *litis contestatio* : il ne pourrait se soustraire au paiement de la peine.

La peine est encourue lorsque la sentence a été violée. C'est là le seul effet du compromis : il est impossible d'obtenir directement l'éxécution de la sentence.

La crainte d'encourir la peine peut avoir pour effet de prévenir la désobéissance à l'arbitre ; le paiement de la peine la punit, mais il dépend toujours des parties de respecter ou non la sentence.

Lorsque la condamnation impose un fait positif, par exemple un paiement, qu'il n'y ait aucun

Digitized by Google

moyen d'obtenir directement l'accomplissement de ce fait c'est ce qui résulte de ce principe que la sentence arbitrale n'a pas autorisé de chose jugée : il ne saurait être question de recourir aux voies d'exécution forcée.

Quand au contraire, c'est un fait négatif qui a été ordonné par l'arbitre, ou, pour spécifier, quand interdiction a été faite au demandeur d'invoquer le droit dont il entendait se prévaloir, la violation de la sentence consisterait dans l'exercice de l'action destinée à consacrer ce droit, et cette violation ne saurait être paralysée que par une exception.

Or deux textes proscrivent tout moyen de sanction tiré d'une exception (1). Celui qui est en droit de réclamer le montant de la peine ne peut opposer aucune exception. Ainsi le demandeur a été débouté. Malgré la défense de l'arbitre, il poursuit son adversaire en justice. Celui-ci ne pourra paralyser la poursuite au moyen d'une exception de pacte fondée sur ce que le demandeur, par l'effet de son engagement à respecter la sentence arbitrale, se trouve actuellement obligé à ne rien demander.

Le compromis romain présente ainsi un grave

1. D. 2. h. t. -- Cod. 5. I. 10.

Cette règle n'est vraie, comme nous avons essayé de le démontrer, que dans l'hypothèse où une stipulation de peine réciproque a été conclue. C'est à cette hypothèse seule que se réfèrent les deux textes précités.

Digitized by Google

inconvénient. Il est destiné à terminer les procès. Or il n'est pas certain qu'il les termine. Il y a là une conséquence de ce qu'il ne constitue pas un contrat ayant son caractère et ses effets propres, et de ce que les parties, pour soumettre un différent à des arbitres, doivent combiner les effets d'obligations incapables par elles-mêmes d'éteindre un procès.

Il faut cependant observer que, dans la pratique, il était facile de trouver un remède à ce que l'application des principes du droit présentait de défectueux. Il suffisait que le montant de la peine fût fixé à un taux élevé tout à fait hors de proportion avec l'intérêt du litige. Toute violation de la sentence devenait alors, en quelque sorte, moralement impossible.

Nul doute que les compromettants n'eussent le soin de recourir à une semblable précaution; de sorte qu'en définitive, ils atteignaient le but qu'ils s'étaient proposé.

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ARBITRAGE

EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION HISTORIQUE

Les règles auxquelles est soumis l'arbitrage dans la législation française se rattachent aux règles romaines : si elles en sont aujourd'hui dégagées ce n'est que par l'effet d'une évolution lente et presque insensible.

Notre ancien droit s'inspire de la compilation de Justinien et lui fait de nombreux emprunts. Cependant, dès le début, apparaît une tendance à munir l'arbitrage d'une sanction directe. En même temps naît une certaine défiance à l'égard des arbitres. Dès lors une partie des règles puisées dans la législation romaine cesse de pouvoir être appliquée rationellement. Toutefois elle ne disparaît que peu à peu, par l'effet d'une sorte de désuétude.

Digitized by Google

Ces quelques idées résument l'histoire de l'arbitrage dans notre ancien droit. Les principes nouveaux se font jour, leurs conséquences se développent et la logique élimine insensiblement les règles anciennes qui sont en contradiction avec eux.

Dans la période qui s'écoule entre l'installation de Francs en Gaule et les dernières années de la monarchie carolingienne il est difficile, faute de documents précis, de déterminer le caractère et même de se prononcer sur l'existence de l'arbitrage. Peut-être la participation des hommes libres à l'administration de la justice rendait-elle malaisée une distinction nette entre l'arbitre et le juge.

Il est cependant question dans les chroniques, d'assemblées de justice rendant des décisions qui n'étaient obligatoires qu'après avoir été acceptées des parties (1). On peut voir dans cette institution quelque chose d'analogue à des tribunaux arbitraux.

A l'époque féodale, quand les juridictions ont acquis un caractère déterminé, il n'en est plus de même : nous voyons fonctionner l'arbitrage. Au juge officiel les parties peuvent substituer un arbitre. Cette substitution a lieu par l'effet d'un contrat

1. Voy. M. Fustel de Coul., *Hist. des inst. pol. de l'anc. France*, T. I, p. 509, 2e éd., 1877.

Digitized by Google

que les anciens jurisconsultes désignent sous le nom de « *mise* » (1),

Les arbitres peuvent être dispensés d'observer les formes de la procédure et les règles du droit (2). Pour que le compromis soit obligatoire il faut que les parties se lient « par foi, par pleges ou par paine ; » et, « s'il ne se lient par aucun de ces trois liens, li arbitrages est de nule valor (3). » Nous reconnaissons dans cette règle les effets de l'influence romaine. Que les anciens jurisconsultes aient subi cette influence c'est ce dont on ne saurait douter lors qu'on parcourt le chap. XIX du Conseil de Pierre de Fontaines : on n'y trouve guère qu'une tradition libre du titre *De receptis* du Digeste.

Cependant la sentence était directement exécutoire. « Li segneur sunt mult tenu à fere tenir les mises et à fere paier ce qui est rendu à partie par le sentence des arbitres ; ne ne doit pas soufrir c'on remete en plet ce de quoi ou se mist en arbitres... (4). » Dès lors la peine n'est plus un moyen de contrainte indirecte, c'est une véritable peine dont le paiement peut se cumuler avec l'exécution (5).

1. P. de Fontaines, *Conseil*, ch. XIX. — Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, ch. XLI, *passim* (éd. Beugnot).
2. Beaumanoir, *Cout. du Beauv.* (éd. Beugnot), ch. XLI, n° 34.
3. Id., ibid., n° 3.
4. Beauman., *op. cit.*, n° 32.
5. Id., ibid., n° 24 et ch. XLII, n° 3.

Digitized by Google

L'appel n'était pas admis en principe. Néanmoins il semble résulter d'un fait rapporté par Beaumanoir (1) que si l'arbitre, dans l'hypothèse où il aurait été dispensé d'observer les règles du droit, avait « trop outrageusement passé mesure », sa décision pouvait être annulée par le juge ordinaire.

Mais l'arbitrage devait être contraire aux intérêts des juges seigneuriaux ; en leur enlevant la connaissance de certaines affaires il leur enlevait le profit des droits perçus à l'occasion de la juridiction (2). Aussi l'appel devint-il toujours recevable (3).

Quand le pouvoir royal, après s'être peu à peu développé, fut devenu l'une des sources du droit, d'assez nombreuses ordonnances formulèrent des règles relatives à l'arbitrage. Mais elles ne firent guère que consacrer les principes déjà établis et en étendre l'application.

Ainsi la stipulation de peine n'as pas disparu. Mais elle est devenue facultative (4). Le compromis où elle ne figure pas est valable.

La sentence doit être rendue exécutoire. Elle le sera par le juge royal ordinaire du lieu. Des greffiers des arbitrages furent créés par un édit de mars

1. *Op.* et *loc. cit.*, n° 35.
2. Bacquet, *Droits de justice*, ch. VIII, n° 8.
3. Bouteiller, *Somme rural*, L. II, T. III, p. 695 (éd. de 1621).
4. Jousse, *Admin. de la justice*, II, p. 686, n° 8.

Digitized by Google

1673. Dans les localités où ils exerçaient c'étaient eux seuls qui rendaient la sentence exécutoire (1).

L'appel est toujours recevable. On ne peut même y renoncer d'avance. Il est porté devant les cours souveraines et non devant le juge royal du lieu (2). Cette règle n'est admise que pour permettre à l'autorité d'exercer un contrôle sur les décisions arbitrales. Mais la partie qui recourt à l'appel viole le compromis, et, si une peine a été stipulée, cette peine doit être payée. L'appel ne sera pas recevable qu'elle ne l'ait été Comme elle est due en raison de la violation du compromis elle ne sera pas restituée, l'appelant eût-il triomphé devant la juridiction supérieure (3).

Nous observerons que, la sentence était susceptible de devenir exécutoire même sans qu'une peine ait été promise, le seul intérêt que présente désormais aux parties l'adjonction d'une stipulation de peine au compromis, c'est de rendre l'appel onéreux.

Certaines contestations étaient soumises à un arbitrage forcé, par exemple celles qui pouvaient s'élever à propos d'un partage de succession, d'un

1. Jousse, *Admin. de la just.*. II, p. 713, nº 68. — Denisart, II, p. 242.
2. Id., *ibid.*, p. 715, nº 72.
3. Id., *ibid.*, p. 717, nº 75. —Ferrière, vº *Compromis*, pp. 363 et 364.

Digitized by Google

compte de tutelle, d'une société entre marchands (1).

Sous la révolution commence une période nouvelle. L'arbitrage est proclamé, en tête du décret des 16-24 août 1790, « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens... » En conséquence, la faculté d'y recourir devient un droit, garanti par la Constitution, que l'autorité législative ne peut restreindre (2).

Préférer la juridiction arbitrale à celle des juges officiels, et la favoriser dans la plus large mesure, tel est le double principe d'où dérivent toutes les lois de l'époque relatives à l'arbitrage.

L'appel, qui suppose une certaine défiance envers les arbitres n'est plus admis, à moins que les parties ne se soient expressément réservé la faculté d'y recourir. Encore le tribunal du second degré doit-il être choisi par les parties (3).

Il est créé des arbitres publics élus par les assemblées électorales (4).

Puisque l'institution est parfaite, il semble naturel d'en imposer l'usage. Certaines contestations ne peuvent donc être jugées que par des arbitres, et le

1. Jousse, *op. cit.*, p. 722, n° 85.

2. Décr. 16-24 août 1790, T. I, art. 1. — L. 3 sept. 1791, T. III, ch. V, art. 5. — Acte const. 24 juin 93, a. 86 et L. 5 fructid. an III, a. 210.

3. Decr. 16-24 août 1790. T. I. art. 4 et 5. — Acte const. 24 juin 1793. a. 87. — L. 4 fruct. an III. a. 211.

4. Acte const. 23 juin 1793. a. 91.

Digitized by Google

nombre en augmente sans cesse. Ce sont d'abord celles qui peuvent naître entre membres d'une même famille (1), puis celles qui seraient relatives à des biens communaux (2) ou encore à des domaines nationaux soit engagés, soit aliénés (3).

Le décret du 12 brumaire an II, relatif aux droits des enfants nés hors mariage, et la loi sur les donations et successions des 17-21 nivôse an II, soumettent à la juridiction arbitrale les procès qui pourront s'élever à propos de leur exécution.

Une pareille extension de l'arbitrage donna lieu à de nombreuses réclamations. Une réaction devait se produire.

La loi du 13 vendémiaire an IV supprima l'arbitrage forcé en matière de donations et successions, institué par la loi des 17-21 nivôse an II. Dès lors il n'intervînt plus une loi relative à l'arbitrage qui n'eût pour objet de restreindre l'effet des lois antérieures.

Un décret du 4 brumaire an IV ouvre la voie de l'appel contre les jugements arbitraux rendus en dernier ressort par suite d'arrêtés de représentants

1. Décr. 16-24 août 1790. T. X. a. 12 et 13, complété par décr. 17 pluv. an III. a. 1 et 2.
2. Decr. 10 juin 1793, a. 1 et s. — Décr. 11 vendém. an II a. 1 et s.
3. Décr. 10 frim. an II. art. 24 et s.

Digitized by Google

du peuple portant établissement d'arbitrages forcés.

Enfin la loi du 9 ventôse an IV supprime l'arbitrage forcé. Il fut même un instant question d'abolir jusqu'à l'arbitrage volontaire (1).

Enfin fut promulguée, le 9 mai 1806, la loi sur l'arbitrage, qui est devenue le titre unique du livre III de notre Code de procédure. Les dispositions en sont fondées sur des considérations rationnelles et juridiques et non plus sur des théories utopistes.

L'arbitrage n'est plus consacré que parce qu'il n'existe aucun motif de le prohiber. Le principe de la liberté des conventions conduit à laisser les parties libres de trancher comme elles l'entendent les différends qui les divisent. Certaines règles sont établies comme nécessaires dans l'intérêt de l'ordre public. D'autres ne sont formulées que dans l'intérêt privé. Encore ces dernières ne sont-elles que présumées avoir été adoptées par les parties, de sorte qu'il est permis d'y apporter des dérogations conventionnelles. D'un autre côté, si le recours à des arbitres est autorisé, puisqu'il repose sur la volonté des parties, la loi ne l'impose jamais.

Dans la législation moderne, l'arbitrage forcé n'a été rétabli que par le Code de commerce et seulement pour les contestations nées entre associés à

1. Résolution du Conseil des Cinq-Cents. 28 floréal an VI. — rejetée par le Conseil des Anciens, le 19 ventôse an VII.

Digitized by Google

l'occasion de la société, (art. 51, C. com). Encore a-t-il définitivement disparu en 1856 ; de telle sorte que nous n'avons plus à nous en occuper.

Notre législation s'est donc dégagée à la fois des principes qui supposaient une défiance peu rationnelle comme de ceux qu'inspirait une faveur exagérée (1).

C'est elle maintenant, dans ses détails, qui doit faire l'objet de notre étude.

L'arbitrage, dans notre législation, a pour effet de substituer à la juridiction ordinaire et normale des tribunaux une juridiction spéciale exercée par un ou plusieurs particuliers choisis par les plaideurs.

Il suppose : un compromis, une instance et une décision arbitrale.

1. Rapport fait au Corps législatif par le tribunal Mallarmé. (Locré. XIII. p. 432.)

Digitized by Google

SECTION I

Du compromis.

Le compromis est la convention par laquelle les parties s'engagent à confier la solution d'une question litigieuse à un ou plusieurs tiers qu'elles désignent.

Comme toutes les conventions, il existe en lui-même et le seul accord des volontés, s'il est conclu dans les conditions requises par la loi, suffit à le rendre efficace. De même, suivant le droit commun, les règles générales auxquelles est soumis tout contrat lui sont applicables. Mais, en outre, à raison de son caractère propre et des éléments particuliers dont il se compose, sa validité se trouve soumise à des règles spéciales.

CHAPITRE I

DES PARTIES

Le compromis est une convention : il suppose

Digitized by Google

donc la capacité nécessaire pour s'obliger. Mais c'est une convention d'un caractère particulier. Les deux adversaires se proposent de mettre fin à un débat juridique; ils donnent à un particulier la mission de le trancher. Ainsi, le droit invoqué par chacun d'eux dépend quant à ses limites et quant à son existence de la décision arbitrale. Celle-ci, une fois rendue, il se trouvera consacré dans une mesure déterminée ou bien il aura cessé d'exister, et c'est à la volonté des plaideurs que ce résultat sera dû. Le compromis contient donc l'abandon éventuel d'une prétention. Ajoutons que l'issue de l'instance arbitrale a quelque chose d'aléatoire. Les arbitres ne présentent que des garanties incomplètes et une certaine latitude leur est toujours laissée. Les parties peuvent donc se trouver obligées au-delà de leurs prévisions, et en compromettant elles ne connaissent pas les limites de leurs obligations.

Il était donc rationnel que celui-là seul pût compromettre qui pourrait, non seulement s'obliger, mais encore disposer librement du droit litigieux, qui en serait assez maître pour n'avoir de comptes à rendre à personne. Telle est, en effet, l'idée que consacre l'art. 1003 c. pr.

Mais si la capacité de disposer est nécessaire, d'autre part elle suffit et sert de mesure à celle de compromettre.

Digitized by Google

Une autre condition est encore exigée. Le compromis est un contrat, mais il aboutit à une décision qui produit jusqu'à un certain point les effets d'un jugement ; il a pour but de tenir lieu d'une instance judiciaire. On ne peut donc compromettre que dans la mesure où l'on peut plaider. Du reste, on ne dispose librement d'un droit que lorsqu'on peut plaider à son sujet.

Il s'ensuit que les personnes frappées d'une incapacité générale ne pourront jamais compromettre ; que celles dont la faculté de disposer est restreinte à certains biens ne pourront soumettre aux arbitres que des litiges relatifs à ces biens ; enfin, que si la capacité d'une personne est subordonnée à l'observation de certaines formes, à l'intervention, au concours d'une autre personne, la validité du compromis fait par elle sera soumise aux mêmes conditions.

Ces principes posés, il ne reste, pour établir la théorie de la capacité en matière d'arbitrage, qu'à en faire l'application.

Parmi les incapables il convient, en vertu du principe consacré dans l'art. 1003, de ranger d'abord tous ceux qui agissent pour autrui.

Ainsi, le mandataire ne peut valablement compromettre s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que

Digitized by Google

les actes d'administration » (art. 1988). Encore ce pouvoir doit-il lui être conféré dans des termes formels : il ne serait pas renfermé dans celui de transiger (art. 1989) (1).

L'incapacité du mandataire doit s'étendre à tous les autres représentants, tuteurs, curateurs d'absent envoyés en possession provisoire, administrateurs des biens d'une personne placée dans un établissement d'aliénés (loi du 30 juin 1838, art. 31 et 32). Ils ne peuvent en effet disposer *librement* des biens dont la gestion leur est confiée : c'est pour le propriétaire qu'ils les administrent et il faudrait qu'ils en fussent absolument maîtres pour pouvoir les exposer aux conséquences aléatoires d'un compromis. Bien plus, ils n'auront jamais le pouvoir de compromettre.

Le tuteur du mineur ou de l'interdit resterait incapable même en s'entourant des formalités requises pour les actes les plus graves telles que l'autorisation du conseil de famille conforme à l'avis de trois jurisconsultes et homologuée par le tribunal. L'observation de ces formalités laisserait toujours subsister en lui le caractère de représentant, et,

1. Jugé en ce sens que les administrateurs d'une société anonyme, étant des mandataires, ne peuvent compromettre à moins qu'ils n'en aient reçu le pouvoir par une clause formelle des statuts ou par un acte spécial (Cass. 27 juin 1881, S. 83, 1, 165).

Digitized by Google

par suite, l'incapacité de disposer *librement* (1). Elle lui permet sans doute de transiger, mais nous avons vu que le droit de recourir à une transaction n'entraînait pas celui de compromettre(2).

Ces considérations excluent toute distinction entre le compromis relatif aux immeubles et celui qui aurait pour objet le mobilier. Sans doute le tuteur peut acquiescer à une demande mobilière (a. 464 C. civ. *à contrario*) ; mais autre chose est acquiescer autre chose compromettre. L'acquiescement ne soustrait pas comme le compromis la discussion du droit litigieux à l'examen des juges ordinaires et ne rend pas impossible la surveillance du ministère public.

L'envoyé en possession provisoire ne peut certainement pas compromettre sur les droits immobiliers de l'absent car il lui est interdit de les aliéner (a. 128, C. civ.). Mais ne lui serait-il pas permis de compromettre sur le mobilier ? Nous ne le pensons pas. Sans doute ses pouvoirs impliquent dans une certaine mesure la faculté de disposer des meubles ;

1. Le compromis lui est d'ailleurs interdit pour une autre raison les procès qui intéressent le mineur et l'interdit sont communicables au ministère public (A. 1004 et 83 pr.). Cette observation s'applique au curateur d'absent et à l'administrateur des biens de la personne placée dans un établissement d'aliénés.

2. Bourges, 18 déc. 1840. D. P. 41, 2, 11.

3. Cass. 4 fructid., an XII (Dall. J. G. v° arbitr. n° 248). Bourges, 18 déc. 1840.

Digitized by Google

mais il reste toujours comptable des biens qu'il administre : il n'en a donc pas la libre disposition. La loi lui a donné un mandat général, mais un tel mandat ne confère pas la faculté de compromettre.

Les personnes incapables même d'administrer leurs biens, le mineur, l'interdit judiciaire ou légal, ne peuvent jamais compromettre.

Le mineur émancipé n'est pas absolument incapable. A l'égard de certains biens il jouit de la même capacité qu'un majeur. Il peut disposer de ses revenus à sa guise puisqu'il a la faculté de les recevoir et d'en donner décharge (a. 481, C. civ.). D'autre part il peu intenter seul une action mobilière ou y défendre puisque la loi ne lui impose l'assistance de son curateur que lorsqu'il s'agit d'actions immobilières (a. 482, C. civ.). Il peut donc compromettre sur ses revenus.

Mais, a-t-on objecté, les causes des mineurs en général doivent être communiquées au ministère public (a. 83, pr.); elles ne peuvent donc jamais faire l'objet d'un compromis (a. 1004). L'argument ne nous paraît pas décisif. Les dispositions qui assimilent l'émancipé au majeur dérogent aux articles 83 et 1004, pr. La règle qu'on tire de ces derniers s'applique seulement aux causes des mineurs.

Digitized by Google

Or l'émancipé, en ce qui concerne ses revenus, est considéré comme majeur (1).

A l'égard des biens dont il ne peut disposer le mineur émancipé est frappé de la même incapacité que le mineur en tutelle. Le consentement de son curateur ne saurait même lui permettre de conclure un compromis, car les causes qui l'intéressent sont communicables au ministère public : elles ne peuvent donc être soumises à des arbitres (a. 83 et 1004).

Quant au mineur émancipé commerçant il est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce. Un compromis intéressant ses entreprises commerciales serait donc aussi valable que s'il avait été conclu par une personne majeure.

Le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut aliéner ni plaider sans l'assistance de son conseil (art. 513). Cette règle lui interdit implicitement de compromettre seul. Elle s'applique même lorsqu'il s'agit d'actes d'administration et de revenus car elle est conçue en termes généraux (2). Mais l'assistance du conseil judiciaire rendrait le compromis valable dans tous les cas : elle constitue la seule condition à laquelle la loi ait

1. Aubry et Rau, I. p. 549. — Demol. VIII, nº 282.— Boitard II nº 1177, éd. Glasson.

2. Aubry et Rau, I, p. 571.

Digitized by Google

subordonné la capacité du prodigue pourvu d'un conseil.

Les personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés ne sont pas frappées d'une incapacité légale absolue. Leurs actes sont seulement susceptibles d'être annulés le cas échéant comme faits en état de démence (a. 39, loi du 30 juin 1838) (1). Mais il parait résulter de l'ensemble des dispositions de l'art. 33 de la loi précitée qu'elles ne peuvent ester en justice que par l'intermédiaire d'un mandataire spécial. Elles ne disposent donc pas librement de leurs biens puisqu'il ne leur est pas permis de plaider à leur égard, et cette idée conduit à décider que le compromis qu'elles auraient conclu ne serait pas valable (2).

Quant à la femme mariée il lui est en principe interdit d'aliéner, et, par conséquent, de compromettre, sans l'autorisation de son mari (a. 215, 217).

L'autorisation de justice ne saurait suppléer celle du mari parce que, s'il y avait lieu d'y recourir, la cause deviendrait communicable et cesserait ainsi de pouvoir faire l'objet d'un compromis (a. 1004 et 83, pr.).

1. Aubry et Rau, I, p. 536. — Demol., VIII, n° 852.
2. Au reste, les procès qui les intéressent sont communicables au ministère public (A. 40, même loi) ; cette règle fait disparaître tout doute sur la nullité du compromis.

Digitized by Google

Toutefois, même autorisée, la femme ne pourrait compromettre sur un immeuble dotal non déclaré aliénable.

Il faut même ajouter que, sous le régime dotal, aucun procès relatif à la dot ne pourrait être soumis à des arbitres, même avec l'autorisation maritale. L'art. 83 pr. déclare en effet communicables, sans distinction, toutes les causes des femmes mariées, sous le régime dotal quand il s'agit de leur dot. Cette solution est généralement admise (1).

La généralité des termes de l'art. 83, 6° pr. ne permet pas d'admettre une dérogation à cette règle même lorsque la dot a été déclarée aliénable par une clause du contrat de mariage (2).

Quelques arrêts cependant (3) décident que la femmes dotale peut valablement souscrire un compromis relatif à un partage de biens sur lesquels la dot est constituée. Le motif principal de cette solution est que, la femme dotale, autorisée de son mari, ayant le droit de procéder à un partage amia-

1. Cf. les nombreuses décisions judiciaires citées dans le *Dict. de Proc.* de Rousseau et Laisney, v° *Compromis*, n° 31, et notamment : Cass., 17 déc. 1849. D. P. 50, 1, 13 et la note. — Cass., 2 août 1865. L. P. 65, 1. 363. — Toulouse, 1er juin 1871. D. P. 72, 5, 151.

2. Nîmes, 26 févr. 1812. Dall. J. G., v° *Arbitr.*, n° 234. — Lyon, 20 août 1828. Dall. J. G., v° *Arbitr.*, n° 232. *Contrà* : Grenoble, 12 févr. 1846. D. P. 46, 2, 237.

3. Bordeaux, 11 févr. 1836. D. P. 37, 2, 4. — Bordeaux, 3 déc. 1840. D. P. 41, 2. 136. — Riom, 27 avril 1847. D. P. 47, 2, 160.

Digitized by Google

ble des biens dotaux, peut déléguer ce droit à des arbitres. L'argument ne nous paraît pas probant. Quand même on admettrait la validité d'un partage amiable des biens dotaux il ne s'ensuivrait pas que la femme dotale pût compromettre (1). La contestation relative au partage intéresserait la dot. Or toute contestation intéressant la dot est communicable au ministère public et ne peut faire l'objet d'un compromis.

Mais il se pourra en fait que les arbitres n'aient joué que le rôle de simples experts, dans ce cas nous admettons volontiers, avec la Cour de cassation, la validité du compromis (2).

Si, comme nous l'avons dit, la femme mariée est en général incapable de compromettre sans l'autorisation maritale, cette règle conserve-t-elle un caractère absolu sous le régime de la séparation de biens, soit judiciaire, soit conventionnelle? La femme séparée peut en effet disposer librement de son mobilier (art. 311 et 1536, C. civ.). Cette faculté lui confère-t-elle le droit de compromettre seule sur les litiges relatifs à cette classe de biens? Qui peut disposer peut compromettre, a-t-on dit; la capacité d'aliéner sans autorisation le mobilier implique donc celle de compromettre de la même manière sur le

1. Cass., 29 janv. 1838. D. P. 38, 1, 165.
2. Req., 12 janv. 1847. D. P. 47, 1, 225.

Digitized by Google

mobilier. La femme séparée est maîtresse de ses meubles : elle peut les dissiper à sa guise ; elle ne saurait être moins libre lorsqu'elle veut en faire l'objet d'un compromis (1).

Mais, répondrons-nous, il reste toujours vrai que la femme, fût-elle séparée, ne peut ester en justice qu'avec l'autorisation de son mari, même pour intenter une action mobilière (art. 215 C. civ.). Or, quoiqu'on puisse dire, compromettre c'est plaider. Peu importe que l'autorité chargée de trancher le différend soit un tribunal ordinaire ou un arbitre. Puisque l'arbitrage tient lieu d'une instance judiciaire, la femme ne peut y recourir sans observer les règles auxquelles il lui faut se soumettre pour comparaître devant des juges. D'ailleurs lorsque la femme n'est pas autorisée de son mari, l'affaire est communicable au ministère public et ne peut plus être l'objet d'un compromis (2).

La femme mariée, marchande publique, ne peut ester en jugement sans autorisation (art. 215, C. civ.), elle ne peut donc compromettre seule.

La femme dotale, quant à ses paraphernaux, est dans la même situation que la femme séparée quant à son mobilier (3).

1. Boitard, *op. cit.*, II, n° 1178.
2. Montpellier, 17 juil. 1827. D. P. 31, 2, 187.
3. Cf. Dalloz, J. G., v° *Arbitr.*, n° 228 et v° *Contrat de mariage*, n°s 4246 et 4247.

Digitized by Google

CHAPITRE II

OBJET DU COMPROMIS.

Il y a des contestations qui, à cause de leur nature, ne peuvent être tranchées par voie d'arbitrage.

Ce sont celles qui présentent soit pour la société, soit même pour les parties, un intérêt d'ordre supérieur. Leur solution doit être entourée de toutes les garanties possibles. Or elle ne le sera que si elle est confiée à des représentants de l'autorité publique, et soumise aux modes ordinaires d'instruction.

Presque toujours ces affaires, en raison de leur gravité, sont communicables au ministère public. Il y a dès lors un second motif pour qu'elles ne puissent faire l'objet d'un compromis : la surveillance à laquelle la loi les soumet ne peut être éludée au moyen d'un recours à une juridiction devant laquelle il lui est impossible de s'exercer.

L'art. 1004, C. pr. est ainsi conçu : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune

Digitized by Google

des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. »

L'art. 83 pr. énumère les causes sujettes à communication (1).

Dans la liste figurent les questions d'état. C'est donc inutilement que l'art. 1004 consacre à celles-ci une mention spéciale : elles sont atteintes par la prohibition générale de compromettre sur les affaires communicables.

Par questions d'état nous croyons qu'il faut entendre les difficultés relatives à la condition d'une personne « en tant qu'elle est, soit naturellement soit par l'adoption, l'enfant de tel père ou de telle mère, légitime ou bâtarde, mariée ou non, divorcée ou non, vivante ou morte, française ou étrangère » (2).

Les arbitres ne pourraient valablement statuer au principal sur l'état des parties même si elles y avaient été autorisées par ces dernières (3).

Il a été jugé qu'une contestation sur la viabilité d'un enfant pouvait faire l'objet d'un compromis parce qu'elle n'était relative qu'à une question de

1. La disposition qui prohibe le compromis sur les causes communicables a pour effet de mettre au-dessus de toute discussion la nullité du compromis conclu par le tuteur, le curateur d'absent, les universalités, les personnes placées dans un établissement d'aliénés en vertu de la loi du 30 juin 1838 (art. 40).

2. Merlin, *Répert.*, v° *Quest. d'état.*

3. Bastia, 22 mars 1831. Dall., J. G., v° *Arbitr.*, n° 305.

Digitized by Google

fait « et ne présentait point une véritable question d'état qui ne s'entend que de l'état civil des personnes » (1).

Supposons maintenant qu'il s'élève un différend sur une question d'intérêt privé qui ne puisse être tranchée sans que les arbitres prennent en considérations l'état des parties. Par exemple, il s'agit de décider si une personne doit prendre dans une succession la part d'un enfant naturel ou celle d'un enfant légitime. Une telle contestation pourrait-elle être résolue par voie d'arbitrage? Non en principe. Sans doute, c'est sur une question pécuniaire que statueront les arbitres; mais au fond c'est la question d'état qu'ils trancheront car c'est d'elle que dépendra la solution de la question pécuniaire. Ils n'auront à examiner et ils n'examineront en fait qu'un seul point : l'enfant est-il naturel ou légitime? et la détermination des droits du successible ne sera qu'une conséquence nécessaire et implicite de cet examen.

On ne pourrait objecter que la décision arbitrale laisserait entière la question d'état, car il ne pourrait en être ainsi sans que le compromis devînt purement illusoire. Si, en effet, la question d'état reste entière, lorsqu'elle aura été résolue par les

2. Bruxelles, 26 févr. 1807. Dall., J. G., v° *Arbitr.*, n° 307.

Digitized by Google

tribunaux les intéressés pourront évidemment se prévaloir des droits inhérents à la qualité qui leur aura été reconnue. Ainsi la personne à laquelle les arbitres auront attribué une part d'enfant naturel pourra, si les juges officiels la reconnaissent enfant légitime, invoquer cette qualité avec tous les droits qu'elle comporte et venir à la succession comme enfant légitime, ce qui réduira nécessairement à néant les effets de la sentence arbitrale. Pour qu'il en fût autrement il faudrait qu'elle eût, lors du compromis, renoncé à invoquer d'autres droits pécuniaires que ceux qui lui auraient été reconnus par les arbitres. Alors, en effet, la question soumise aux arbitres resterait étrngère à la question d'état. Aussi faut-il admettre une restriction à la solution que nous avons donnée. Nous croyons que, s'il était expressément convenu que la décision arbitrale serait respectée de quelque manière que dût éventuellement être résolue par les tribunaux officiels la question d'état, le compromis n'aurait plus pour objet qu'une contestation pécuniaire. Par exemple, il est entendu entre la personne à laquelle on dénie le droit de venir à la succession comme enfant légitime et ses adversaires, que, même si le tribunal compétent, une fois saisi, la déclare légitime, elle ne prendra néanmoins dans la succession d'autre part que celle qui lui aura été attribuée par

Digitized by Google

les arbitres : alors le compromis est valable parce que, d'un côté les arbitres ne sont pas chargés de régler la question d'état, et, de l'autre, que les effets de leur solution doivent toujours rester indépendants de la solution régulière qui pourra être donnée à la question d'état.

C'est seulement dans ces limites et dans ces termes que nous croyons pouvoir accepter la distinction proposée par divers auteurs (1) entre le cas où la question d'état n'aurait été soumise aux arbitres que comme préjudicielle, comme nécessaire à la solution de la contestation pécuniaire qui formerait le seul objet du compromis, et celui où cette question leur aurait été déférée pour rendre, même à son égard, une décision qui devrait avoir tous les effets d'un jugement.

L'interdiction de compromettre sur les causes sujettes à communication soulève une assez grave difficulté. La requête civile doit être communiquée au ministère public (art. 498, pr.) et cependant l'art. 1010 pr. suppose qu'elle peut faire l'objet d'un compromis. Comment interpréter une pareille contradiction ?

On pourrait croire à première vue — et c'est ce

1. Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, VI, quest. 3267. — Goubeau, *Traité général de l'arbitr.* I, p. 77.

Digitized by Google

que soutiennent certains auteurs (1) — que l'art. 1010 introduit une dérogation à l'art. 1004, en d'autres termes que, par exception, le compromis sur requête civile n'est pas frappé de nullité bien qu'il intervienne sur une affaire communicable. Mais il est difficile de s'arrêter à cette idée lorsque l'on considère l'objet et le résultat de la requête civile. Comment admettre que des arbitres puissent valablement avoir pour mission de rétracter un jugement rendu par des juges officiels en décidant, par exemple, que ceux-ci n'ont pas observé les formes prescrites ou bien ont rendu des décisions contradictoires ? (art. 480) Aussi une distinction fort ingénieuse a-t-elle été proposée (2). La communication est exigée sur le rescindant mais non sur le rescisoire. Le compromis resterait donc interdit sur l'instance destinée à faire tomber la décision attaquée, sur l'admission des moyens de requête civile, autrement dit, sur le rescindant ; mais, une fois le jugement ou l'arrêt rescindé, les parties auraient le droit de compromettre sur le fond du procès, c'est-à-dire sur le rescisoire. L'art. 1010 ne viserait ainsi que le compromis intervenu sur le rescisoire, qui n'est pas communicable, et,

1. Boncenne, *Théorie de la proc.*, VI, p. 485. — Le Hire et Jay. *Manuel des arb.*, n° 32.
2. Rodière, II, p. 477.

Digitized by Google

par là même ne dérogerait nullement à l'art. 1004. Cette solution a l'avantage de concilier les deux règles dont la contradiction était difficile à expliquer et de donner un sens satis- faisant à l'art. 1010 sans sacrifier la disposition formulée dans l'art. 1004.

Parmi les affaires qu'il n'est pas permis de trancher par voie d'arbitrage, l'art. 1004 mentionne les procès relatifs aux « séparations d'entre mari et femme » et aux divorces, et décide expressément qu'ils ne peuvent être soustraits à juridiction des tribunaux ordinaires. Cette prohibition spéciale à vrai dire, est superflue (1). Les procès relatifs, au mariage sont en effet communicables au ministère public et cela suffit pour qu'ils ne puissent faire l'objet d'un compromis (art. 879, pr.). Cela est vrai même des séparations de biens principales, car, si aucun texte exprès ne les soumet à communication, la femme y figure sans autorisation maritale, et elles rentrent ainsi dans la catégorie des causes qui, en vertu de l'art. 83, § 6, pr., doivent être communiquées au ministère public (2). Quant aux

1. Elle s'applique évidemment non moins aux simples séparations de biens qu'aux séparations de corps. Les termes généraux dans lesquels elle est conçue ne permettent aucune distinction.

2. Carré, *op. cit.*, quest. 3262. — Certains auteurs, à tort, croyons-nous, ne regardent pas les séparations de biens comme sujettes à communication.

Digitized by Google

motifs de cette solution nous les trouvons dans cette double idée que les demandes en divorce intéressent l'état des parties puisqu'elles doivent aboutir à une décision judiciaire qui maintiendra entre les parties ou dissoudra le lien du mariage, et que les séparations, si elles laissent subsister le mariage, peuvent avoir pour résultat d'étendre la capacité de la femme (art. 311, 1449, C. civ.).

S'il est interdit de compromettre sur les affaires qui doivent être communiquées au ministère public, à plus forte raison en est-il de même de celles où le ministère public est partie principale, comme les affaires criminelles en général.

Il ne faut pas confondre avec les causes criminelles celles qui sont relatives aux intérêts civils nés du délit. Ces dernières peuvent valablement faire l'objet d'un compromis.

Mais il y a des causes qui, sans être soumises à la surveillance du ministère public, sont néanmoins considérées comme trop graves pour pouvoir être confiées à des arbitres.

Tels sont les procès relatifs aux dons et legs d'aliments, logement et vêtements (art. 1004). La prohibition qui les atteint ne résulte pas d'une incapacité de disposer dont serait frappé le donataire ou légataire. On peut renoncer à un legs d'aliments, céder même le droit qui en dérive et cepen-

Digitized by Google

dant il est interdit d'en faire l'objet d'un compromis. C'est qu'en effet, du moins dans la pensée du législateur, une pareille libéralité suppose en général le dénuement du bénéficiaire. Elle est pour celui-ci d'une trop grande importance pour qu'il puisse subordonner son droit à la décision d'une personne qui ne présente pas toutes les garanties d'un juge ordinaire. Les contestations dont il s'agit ici sont non-seulement celles qui se rapportent à l'existence mais encore qui se réfèrent au *quantum* du don ou du legs, car ces dernières ne sont pas moins importantes que les autres.

Telles sont, croyons-nous, les idées sur lesquelles s'appuie la prohibition contenue dans l'art. 1004. Ce qui confirme notre opinion c'est que les libéralités dont nous parlons sont déclarées insaisissables par l'art. 581, pr. Or le législateur ne soustrait à la saisie que ce qui est nécessaire à la subsistance du débiteur. S'il considère les dons et legs d'aliments comme nécessaires c'est qu'il suppose le bénéficiaire en état de dénuement.

Mais si la prohibition de compromettre repose sur une présomption de cette nature, il ne sera pas interdit de compromettre sur des aliments qui seraient prestés dans des conditions qui ne permettraient pas de supposer le dénuement du créan-

Digitized by Google

cier (1). Si, par exemple, une personne s'était obligée par contrat de mariage à nourrir son gendre et sa fille, une contestation qui s'élèverait sur l'exécution de cette donation pourrait être soumise à des arbitres (2). La prohibition de l'art, 1004 ne doit pas s'étendre aux hypothèses dans lesquelles on ne peut invoquer le motif pris en considération par le législateur.

Il n'est pas interdit de compromettre sur des aliments qui n'auraient pas pour origine une libéralité.

CHAPITRE III

DU CARACTÈRE DES NULLITÉS QUI SE RAPPORTENT AUX PARTIES ET A L'OBJET.

Lorsque les diverses règles qui viennent d'être exposées n'auront pas été observées le compromis sera nul. Toutefois la nullité n'aura pas toujours le même caractère : elle sera tantôt relative et tantôt absolue.

Nous la considérerons comme relative lorsqu'elle dérivera d'une incapacité. On est en effet d'accord

1. Besançon, 18 mars 1828. D. P. 28.2.200.
2. Cass. 7 févr. 1826. D. P. 26.1.160.

Digitized by Google

pour reconnaître que l'art. 1125 C. civ. s'applique au compromis comme aux autres contrats (1). Si donc c'est une des personnes mentionnées dans cet article, un mineur, un interdit (2), une femme mariée qui a compromis avec un adversaire capable, cette personne seule, une fois devenue capable, pourra se prévaloir de la nullité ; d'autre part elle pourra la couvrir en confirmant le contrat (3).

Cette règle s'applique non seulement quand c'est le mineur ou l'interdit lui-même, mais encore lorsque c'est le tuteur qui a compromis. Ce dernier tient en effet la place de la personne en tutelle et les actes qu'il passe sont considérés comme faits par cette personne elle-même (4) (a. 450, C. civ.). En outre le tuteur pourrait demander lui-même la nullité du compromis qu'il aurait conclu. Le droit d'agir en nullité appartient en effet à la personne qu'il représente : or il est chargé d'exercer les droits de celle-ci (5).

1. Cass. 14 févr. 1849. S. 49.1.367 et 3 mars 1863. S. 63.1.119.

2. On regarde cependant les actes d'un condamné frappé d'interdiction légale comme radicalement nuls.

3. Voyez en ce qui concerne le mineur, les arrêts cités par Dalloz. J. G. v° arbitr. n° 292 et de plus Aix. 17 nov. 1870. D. P. 72.5.28, — en ce qui concerne la femme mariée, Dall. J. G. v° arb. n° 299, notamment Toulouse, 8 mai 1820.

4. Aubry et Rau, I, p. 468. — Cf. en ce sens divers arrêts cités par Dall. J. G. v° arbitr. n° 292, notamment Poitiers, 22 juillet 1819. — Toulouse, 18 août, 1837. De plus : Cass. 14 février 1849. D. P. 49.1.43.

5. Cass. 21 déc. 1836. S. 37.1.114.

Digitized by Google

Ajoutons que le compromis passé par un mineur, un interdit ou son tuteur serait annulable sans qu'il fût nécessaire d'invoquer une lésion : il rentrerait en effet dans les actes nuls en la forme que l'on peut attaquer par cela seul qu'ils ont été passés en dehors des formes requises (1).

Ce que nous avons dit des mineurs s'applique également aux communes et établissements publics. Cette règle dérive d'un texte, l'article 5 de la loi du 4 brumaire, an II.

La nullité du compromis passé par ou pour les incapables n'est que relative bien que l'affaire à l'occasion de laquelle il est intervenu fût communicable au ministère public, parce que la communication n'était exigée que dans l'intérêt des incapables et ne pouvait en conséquence avoir pour effet de leur enlever le bénéfice de la situation créée par l'art. 1125 en leur faveur.

Lorsqu'un compromis a été passé par une personne agissant pour autrui sans qualité, soit qu'elle ait outrepassé les pouvoirs qui lui avaient été conférés par un mandat, soit qu'elle n'ait reçu aucun pouvoir, la détermination du caractère de la nullité présente plus de difficulté.

Dans ce cas, peut-on dire, le compromis n'est pas seulement annulable : il n'existe pas. Les intéres-

1. Cass. 1er juin 1870.

Digitized by Google

sés se trouvent en présence d'un acte passé par un tiers (1). Or un tiers ne peut ni obliger celui pour le compte duquel il agit envers l'autre partie, ni obliger cette dernière envers lui. Aucun lien ne sera donc formé (2). On ne saurait, en l'expèce appliquer l'article 1125, car il ne s'agit pas d'une incapacité, d'un vice du consentement, mais d'une absence de consentement. Il est certain d'ailleurs que celui qui compromet, sans pouvoirs, pour une autre personne n'oblige pas celle-ci (articles 1119-1998, C. civ.) Dès lors le compromis ne peut naître. C'est un contrat synallagmatique qui suppose une obligation réciproque. Sans doute lorsqu'il a été fait par un incapable il existe bien que le lien ne se forme que d'un seul côté, mais c'est parce que, si le mineur, l'interdit ou la femme mariée ne s'est pas civilement engagé, il a tout au moins contracté une obligation naturelle qui peut servir de support à l'obligation de son adversaire. Dans notre hypothèse, au contraire, il n'a pu naître aucune obligation naturelle dans la personne de celui pour qui

1. Cela est vrai même lorsque le compromis a été conclu par un mandataire agissant en dehors de ses pouvoirs. Car, dans cette circonstance, le mandataire est un tiers vis-à-vis du mandant.

2. Aubry et Rau, IV, p. 651. — Larombière (nouvelle édit.) I, p. 177. — Cass. 14 mai 1829. S. 29. 1. 223. — Sauf le droit de ratification consacré dans l'art. 1998.

Digitized by Google

le compromis a été conclu puisqu'il n'a pas donné son consentement et qu'il ne pouvait être obligé par le fait d'autrui (1). On pourrait ajouter que l'art. 1125, énumérant les personnes en faveur desquelles la nullité n'est que relative, semble bien restreindre à ces personnes le bénéfice des règles qu'il consacre.

C'est ce qui a été décidé à propos d'un compromis passé sans pouvoirs par un fils dans l'intérêt de son père (2). La même solution a été appliquée au curateur de l'absent présumé (3), ainsi qu'à l'associé (4).

Mais revenons aux nullités relatives. A ce propos une difficulté se présente. Si la partie capable qui a compromis avec un mineur, un interdit, une femme mariée ne peut opposer la nullité, s'ensuit-il qu'elle ne puisse, tant que la sentence arbitrale n'est pas intervenue, demander que ce compromis soit ratifié d'une manière légale ou qu'il reste sans effet ? Certains auteurs (5) répondent affirmativement, mais nous devons observer que leur solution

1. Boncenne VI, p. 481. — Dalloz, J. G. V° Arbitrage, n° 300. — Sébire et Carteret. Encycl. du droit. V° Arbitrage, n° 124.

2. Toulouse, 29 avril 1820. Dall. J.G. V° Arbit. n° 275. — Cf. Riom, 30 déc. 1814. Dall. J.G. V° Arbit. n° 268.

3. Cass. 5 oct. 1808. Dall. J.G. V° Arb. n° 252.

4. Cass. 18 août 1819. S. 20. 1. 73.

5. Rodière, II, p. 476. — Carré, VI, quest. 3259. — Sébire et Carteret, *Op. cit.* V° Arbitr. n° 126.

Digitized by Google

est formulée en termes vagues et ne s'appuie que sur des motifs peu nettement déterminés. Selon-nous il n'y à pas à distinguer. Quand la sentence a été rendue l'adversaire de la personne en faveur de laquelle la nullité relative est ouverte ne peut demander ni la nullité ni la ratification. Il en est de même avant la sentence. Sur quelles raisons en effet, se fonderait la distinction? Que la sentence ait été rendue ou non, le compromis est formé. Désormais il peut produire son effet sans l'intervention des parties puisque les arbitres peuvent juger sans que les pièces aient été produites (a. 1016). Or quand le contrat a été conclu, l'art. 1125 s'applique rigoureusement et l'adversaire de l'incapable est à la merci de ce dernier. Si d'ailleurs il en était autrement on arriverait, dans certains cas, à transformer la nullité relative en nullité absolue. Parfois, en effet, la ratification serait pour le moment impossible. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans l'hypothèse où l'incapable serait un mineur. Dans ce cas si la partie capable avait le droit de demander la ratification ou la nullité, elle devrait nécessairement obtenir la nullité puisque l'autre terme de l'alternative ne saurait lui être accordé. L'art. 1125 serait ainsi violé; l'annulation pourrait en fait être obtenue par les deux parties. Nos adversaires nous opposent diverses objections assez vagues. La

Digitized by Google

plus nette est celle-ci : on peut toujours obtenir la régularisation d'une procédure tant que les choses sont en état. Mais répondons-nous, il ne s'agit pas d'une procédure mais de l'annulation d'un contrat, et d'autre part ce contrat est conclu : les choses ne sont donc plus en état par rapport à lui. Quant à l'objection tirée de ce que notre solution placerait l'adversaire de l'incapable dans une situation trop rigoureuse, nous ne la croyons pas plus décisive que la précédente. Ne repose-t-elle pas, en effet, sur une exagération? D'abord l'adversaire de l'incapable est en faute, et d'ailleurs il n'est pas plus durement traité qu'il ne le serait souvent par application de l'art. 1125, s'il s'agissait d'un autre contrat que du compromis. Surtout, — et cette idée nous semble échapper à nos contradicteurs, — la situation qui lui est faite ne doit pas subsister longtemps, et l'incertitude qui en constitue le principal élément est destinée à durer trop peu pour qu'il y ait lieu de la prendre en considération. Le compromis, en effet, expire au bout d'un délai généralement fort court, et, si les arbitres n'ont pas rendu leur sentence avant son expiration, les parties reprennent leur liberté. Telles sont les raisons pour lesquelles nous ne croyons pas pouvoir nous dispenser d'appliquer strictement l'art. 1125 à l'adversaire de l'incapable.

Lorsque la nullité n'est pas introduite par la loi

Digitized by Google

dans l'intérêt exclusif de l'une des parties elle est absolue.

Ce principe trouve son application lorsque c'est la nature même de l'affaire litigieuse ou l'intérêt public qui sert de fondement à la prohibition de compromettre.

Ainsi un compromis relatif à une question d'état, à une contestation communicable dans l'intérêt général, (1) pourrait être attaqué par l'une ou l'autre des parties indifféremment.

Cependant nous croyons que la nullité serait purement relative si elle provenait de ce que le compromis avait pour objet un don ou legs d'aliments ; elle ne serait en effet admise que dans l'intérêt du donataire ou légataire.

CHAPITRE IV

DES ARBITRES

La désignation de la personne chargée de trancher le litige (2) est un élément sans lequel nous ne con-

1. Nous disons « dans l'intérêt général » parce que, si la communication n'était exigée que dans l'intérêt de l'une des parties, comme lorsqu'il s'agit d'une cause concernant un mineur, la nullité ne cesserait pas d'être simplement relative. — Bordeaux, 22 mai 1832. Dall. J. G. v° Arbitr. n° 232.

2. Il est inutile de faire observer que les arbitres dont il est question ici n'ont rien de commun avec les arbitres rapporteurs mentionnés dans l'art. 429 C. pr. Ces derniers ont pour seule mission de chercher à concilier les parties, et, en cas d'insuccès, de donner leur avis.

Digitized by Google

cevons pas le compromis. Ainsi la convention de s'en rapporter « à un arbitre », (en admettant qu'elle soit valable en elle-même) (1), ne vaudrait certainement pas comme compromis. Elle ne pourrait produire les effets d'un compromis que lorsque la nomination d'une personne déterminée aurait eu lieu. Ce serait donc cette nomination qui donnerait à la convention d'arbitrage sa vie, son caractère propre, qui, en un mot, ferait d'elle un compromis.

Mais peut-on choisir toute personne comme arbitre, et, si on ne le peut pas, qui peut-on choisir ?

La question est délicate et féconde en controverses. Aucune disposition de la loi ne lui est consacrée. Il faut donc, pour la résoudre, s'en référer aux principes.

La solution dépend évidemment du caractère de l'arbitre. Mais ce caractère n'est pas aisé à déterminer.

On s'accorde cependant à reconnaître que l'arbitre n'exerce pas une fonction publique et reste toujours un simple particulier (2). C'est en effet la volonté des parties qui lui confère ses pouvoirs, elle ne peut l'investir que d'une autorité d'ordre tout privé.

1. C'est la question de la clause compromissoire dont nous aurons bientôt à nous occuper.

2. Sur ce point on a toujours eu soin de distinguer l'arbitre volontaire de l'arbitre forcé. — Cf. Boncenne. VI. p. 454, 458.

Cass. 15 mai 1838. D. P. 38. 1. 228. — Cf. Riom. 4 mai 1861. D. P. 61. 2. 129.

Digitized by Google

Mais quelle est la nature de sa mission ?

Certains auteurs (1) pensent qu'elle suppose une certaine part de la puissance publique. En effet, disent-ils, l'arbitre joue le rôle d'un juge : il dresse des écrits faisant foi jusqu'à inscription de faux, ses décisions acquièrent autorité de chose jugée ; enfin il peut ordonner certaines mesures d'instruction, notamment des comparutions de témoins, ce qui implique une analogie entre ses pouvoirs et ceux d'un juge, et, par conséquent, non seulement l'exercice des droits civils, mais encore l'exercice des droits politiques.

Si de telles considérations paraissent suffisantes, ou refusera la faculté d'être arbitres à toutes les personnes qui ne pourraient exercer les fonctions de juge, aux incapables en général, aux femmes, aux condamnés, aux étrangers.

Mais alors on admet la même solution que si l'on considérait l'arbitre comme un fonctionnaire. On aboutit aux conséquences mêmes d'un principe qui a été rejeté.

En même temps on détruit l'un des principaux avantages de l'arbitrage par l'admission d'un sys-

1. Notamment Rodière (II p. 478), d'après lequel, pour pouvoir être arbitre il faut avoir l'exercice des droits politiques. — Notre savant maître, M. Glasson, (sur Boitard 14e éd. II. p. 668, note 1.) soutient la même idée.

Digitized by Google

tème qui se trouve incompatible avec l'esprit même de l'institution. Pour que les parties aient un intérêt sérieux à recourir à des arbitres il faut qu'elles jouissent d'une grande liberté, qu'il leur soit permis de soumettre leur différend à la personne, quelle qu'elle soit, qui leur inspire le plus de confiance ou qui leur paraît la plus compétente pour le trancher.

Quant aux considérations sur lesquelles on s'appuie pour assimiler l'arbitre au juge, elles ne sont nullement convaincantes. D'abord un seul acte émané de l'arbitre, fait foi jusqu'à inscription de faux, c'est la sentence. Mais la proposition n'est vraie que lorsque l'ordonnance d'*exequatur* a été rendue. Jusque-là, de l'aveu de tous, la décision arbitrale n'est qu'un acte privé. Cette force probante extraordinaire c'est donc l'intervention d'un fonctionnaire public, le président du tribunal, et non l'autorité de l'arbitre, qui la confère. Cela est d'autant plus vrai que, comme nous le verrons, ce qui est cru jusqu'à inscription de faux, c'est seulement ce que constate l'ordonnance même (1).

D'autre part, si la sentence arbitrale a autorité

1. Telle est du moins notre opinion, ainsi que nous l'exposerons plus loin. En tous cas, lorsqu'on cherche à déterminer le caractère et la mission de l'arbitre, il est difficile d'argumenter de la foi due à la sentence, car c'est une question controversée que celle de savoir quelle foi est due aux déclarations des arbitres.

Digitized by Google

de chose jugée, ce n'est toujours qu'après avoir été rendue exécutoire par le président du tribunal.

Enfin, l'arbitre peut sans doute ordonner des mesures d'instruction ; mais il ne faut pas s'exagérer l'étendue de ses pouvoirs : ils ne sont pas tels, que pour les exercer il faille être investi d'une part de la puissance publique. Est-ce une descente sur les lieux qui a été ordonnée : les arbitres se bornent à se commander à eux-mêmes dans les limites de leur mandat. Est-ce une vérification d'écriture ? une expertise ? Leurs ordres ne s'imposent encore à aucun tiers, puisque l'expert n'est pas tenu d'accepter. Enfin une enquête doit-elle s'ouvrir ? Les pouvoirs des arbitres sont si peu étendus qu'ils ne leur confèrent aucun moyen de contrainte contre les témoins qui ne comparaîtraient pas. Personne en effet n'admet qu'un arbitre puisse condamner à une amende.

Ajoutons que toutes ces mesures ne sont exécutoires que lorsque le jugement arbitral qui les ordonne a été revêtu de l'ordonnance d'*exequatur*, de sorte que l'arbitre n'a par lui-même aucune part, si petite qu'elle soit, à l'exercice de la puissance publique.

S'il en est ainsi, ses pouvoirs doivent plutôt être assimilés à ceux d'un mandataire. Sans doute, il ne représente pas l'une des parties et n'agit pas dans son intérêt, mais il n'en a pas moins

Digitized by Google

reçu une mission qu'il s'est engagé à remplir. Le lien qui en résulte peut être assimilé à celui qui naît d'un mandat : nous le voyons, en effet, se forformer et se dissoudre de même. Quant à la force obligatoire de la sentence, elle provient en définitive de la volonté des parties. Celles-ci ne sont liées par la décision arbitrale que parce qu'elles l'ont acceptée d'avance.

Ces considérations ont paru suffisantes à un certain nombre d'auteurs (1), et elles ont été appliquées par eux rigoureusement. Toute personne peut être mandataire, donc toute personne peut être arbitre : telle est leur argumentation.

Mais il faut convenir que l'assimilation de l'arbitre à un mandataire peut conduire à des conséquences choquantes. Il y a, en effet, des personnes qu'il nous répugne de voir rendre une sentence. D'autre part, si l'arbitre est un mandataire, c'est certaine-

1. Merlin, Quest. de droit. V° Arbitre, § XIV. Boncenne et Bourbeau, Op. cit., VI, p. 501. Boitard, Op. cit. II. n° 1183.

Il est si difficile d'écarter cette idée de mandat, que ceux-là même qui voient dans l'arbitre un véritable juge, se laissent dans certaines circonstances entraîner à l'invoquer. Par exemple, il est universellement admis que les arbitres peuvent recevoir des honoraires. Cette solution n'a été contestée qu'à l'égard des arbitres forcés. Or, elle se fonde sur ce principe que l'arbitre exerce un mandat et que, selon le droit commun, ce mandat peut être salarié. Bordeaux, 14 janv. 1826. D. J. G. V° Arbitr., n° 1350. — Cass. 21 juin 1848. D. P. 48, 1, 104.

Digitized by Google

ment un mandataire d'un caractère tout particulier, de sorte qu'on peut admettre qu'il n'y ait pas lieu d'appliquer sans restriction les règles du mandat.

Aussi s'est-il trouvé peu d'auteurs qui n'aient refusé à certaines personnes la capacité d'être arbitre.

Ce que l'on reconnaît généralemet, avec raison, c'est qu'en principe chacun peut être arbitre et qu'il n'y a lieu d'exclure que ceux qu'une disposition de la loi aurait déclarés incapables (1).

Mais il n'est pas aisé de déterminer les cas dans lesquels il y a lieu d'admettre une exception au principe, ni les raisons qui doivent justifier l'exclusion d'une personne. Bien des auteurs sont tombés dans l'arbitraire ou bien ont pris des considérations de sentiment pour des arguments juridiques.

C'est qu'en effet, quoi qu'on puisse dire, l'arbitre n'est pas revêtu d'une autorité propre qui suppose remplies des conditions de capacité spéciales. Les parties ont pris l'engagement de s'en rapporter à telle personne ; la sentence rendue, c'est en vertu de cet engagement qu'elles seront liées. La décision arbitrale ne fait que déterminer l'objet d'une obligation antérieurement contractée. Elle est, à la vérité,

1, Cf. Dalloz, J. G. Vo Arbitr., no 328.

Digitized by Google

pour des raisons d'utilité pratique prises en considération par le législateur, revêtue d'une sanction spéciale par l'effet de l'ordonnance d'*exequatur*. Mais, en somme, c'est la volonté même des parties que consacre l'ordonnance.

En réalité, les parties se sont liées elles-mêmes par l'intermédiaire de l'arbitre : la situation est la même que si elles avaient, en termes exprès, donné à celui-ci pouvoir de les obliger. Or, chacun peut confier la gestion de ses affaires à qui lui plaît, se lier par les actes de telle personne qu'il jugera convenable. Pour que la nomination de cette personne fût illégale, il faudrait que la clause qui la contient fût contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1). On ne peut donc rien exiger de l'arbitre si ce n'est d'avoir été choisi.

Les parties doivent être seules juges de la capacité ou de l'indignité de ceux auxquels elles confient la solution d'une affaire que rien ne les empêcherait de régler à leur guise.

Si donc il n'y avait à considérer que le caractère et la mission de l'arbitre, les parties jouiraient d'une

1. « L'autorité des sentences arbitrales a son fondement sur « la volonté de ceux qui ont nommé les arbitres ; car c'est cette « volonté qui engage ceux qui compromettent à exécuter ce qui « sera arbitré par les personnes qu'ils ont choisies... » (Domat. Loix civiles, l. I, t. XIV. p. 217).

2. Carré et Chauveau, Lois de la proc., quest. 3260.

Digitized by Google

liberté absolue et pourraient confier leur litige à qui bon leur semblerait (1).

Mais il y a des personnes qui ont toujours été exclues des fonctions d'arbitre, non pas en vertu de l'application d'un principe juridique, mais parce que les divers législateurs, pour des motifs tirés en grande partie des sentiments et des mœurs, ou d'usages en quelque sorte traditionnels, n'ont pas cru devoir pousser jusqu'au bout l'application d'un principe qui aurait dû conduire à les admettre.

Cette tradition constante doit être prise en considération par nous. Sans doute, ni les anciennes lois ni les anciens usages ne sont plus en vigueur dans notre matière (1041 pr.), mais il est permis de croire que notre législateur a entendu respecter la tradition.

Puis qu'aucun texte ne tranche la question que

1. Les idées que nous venons d'exposer ont été nettement consacrées dans un arrêt récent (Chambéry, 15 mars 1876. S. 76. 2. 85) dont les termes nous paraissent mériter d'être rapportés : « Attendu, lisons-nous, que l'arbitre volontaire puise uniquement ses pouvoirs dans la volonté des parties ; que le choix de celles-ci, maîtresses de leurs droits et de leur confiance, peut librement se porter sur toute personne, même sur un incapable ; que l'arbitrage est un contrat qui appartient essentiellement au droit des gens ; que cette origine dit assez que l'arbitre est un mandataire et qu'il n'a rien de commun avec un magistrat qui, après investiture du chef de l'Etat, sous la garantie du serment, avec l'autorité de son caractère public, exerce par délégation une portion de la puissance publique.... »

Digitized by Google

nous discutons, il s'agit pour nous de rechercher les intententions des rédacteurs du Code de procédure. Or il est très probable que ceux-ci ont entendu exclure des fonctions d'arbitre, ceux qui en avaient toujours été exclus, qu'ils les auraient exclus s'ils s'étaient prononcés. Nous ne pouvons du moins interpréter autrement leur silence, car s'ils avaient voulu innover, ils se seraient formellement exprimés.

Ce n'est, selon nous, que sur des considérations de cette nature qu'on peut se fonder pour déroger au principe que toute personne peut être arbitre.

Quand y a-t-il lieu à dérogation ? C'est ce qu'il nous reste à déterminer.

L'exposé, un peu long peut-être, de ces idées générales nous permettra d'éviter les répétitions en nous prononçant à l'égard de chacune des personnes dont l'aptitude à exercer les fonctions d'arbitres pourrait soulever quelques difficultés.

Considérons d'abord les incapables. Si l'on appliquait rigoureusement les règles de la logique ils devraient être admis à rendre une sentence, et la seule conséquence de leur incapacité serait de leur permettre d'obtenir la rescision de l'obligation qu'ils auraient contractée en acceptant la mission d'arbitre. Ils peuvent, en effet, valablement obliger les autres quand ils en ont reçu le pouvoir, bien

Digitized by Google

qu'ils ne puissent s'obliger eux-mêmes (1), (art. 1990 civ.).

Mais de tout temps, dans le droit romain comme dans notre ancien droit (2), on a regardé comme nul, le choix d'une personne qui ne jouirait pas d'une capacité pleine et entière. Nous ne pouvons croire que les rédacteurs du Code aient rompu avec les traditions et nous écartons, par ce motif, les mineurs et les interdits.

Parmi les mineurs, il n'y a pas à distinguer les émancipés de ceux qui ne le sont pas. Une pareille distinction ne serait justifiée par aucune raison suffisante.

Ce que nous avons affirmé de l'interdit s'applique également au fou non interdit. Seulement, il faut observer que dans notre législation, la folie n'est jamais présumée. Pour que la sentence rendue par un fou pût être considérée comme nulle, il faudrait donc qu il fût prouvé, qu'au moment où il rendait sa décision, l'arbitre n'avait pas conscience de ses actes. La sentence, malgré son existence matérielle serait alors dépourvue de toute valeur juridique.

1. Bien que l'art. 1990 ne parle que des mineurs émancipés, on est d'accord pour admettre qu'il s'applique au mineur en tutelle. Cf. Aubry et Rau, IV, p. 639.

2. Dig. 9 § 1. IV. 8. — Beaumanoir, *Cout. du Beauv*, ch. XLI. — Domat, *Loix civiles*, I. tit. 14. sect. 2. nos 11 et 12. — Ferrière, V° *Arbitres*, p. 119. — Jousse, *Admin. de la justice*, II, p. 694.

Digitized by Google

Pas plus que les mineurs les femmes ne peuvent être arbitres (1). Sans doute on concevait qu'elles fussent valablement choisies par les parties. Il y a même des circonstances où leur exclusion peut sembler irrationnelle, comme lorsqu'il s'agit d'un procès relatif à un de ces commerces habituellement exercés par des femmes; mais il a toujours semblé choquant qu'une femme fût investie des pouvoirs, si restreints qu'ils soient, auxquels le compromis donne naissance (2). L'esprit de notre législation, jusqu'à présent, n'a certainement pas changé à l'égard des femmes et les anciennes prohibitions doivent être considérées comme maintenues.

Il y a des personnes que des considérations morales pourraient seules écarter des fonctions d'arbitre, comme les faillis et les condamnés à une peine infamante.

Quant au failli nous croyons qu'il peut valablement être pris pour arbitre. D'une part, ses aptitudes naturelles à trancher le litige n'ont pas dis-

1. Ce n'est pas l'incapacité des femmes qui les exclut puisque la femme non mariée ou veuve est aussi capable qu'un homme majeur, et que d'autre part, la femme mariée devient entièrement capable par l'effet de l'autorisation maritale. C'est leur sexe qui est pris en considération.

2. Domat, *Loix civiles*, I, t. 14. s. 2, n° 72.—Jousse, *admin. de la Justice*, II, p. 694. — Denisart, T. II, p. 240.

Digitized by Google

paru : d'autre part, les déchéances qui le frappent (art. 84, et 614, co.), ne lui infligent aucune indignité morale : elles sont établies uniquement dans l'intérêt du commerce et du crédit public. Cette solution est adoptée par tous les auteurs et consacrée par la jurisprudence (1).

Le condamné à une peine infamante (2) a toujours, sous notre ancienne législation, été considéré comme incapable d'être arbitre. Sans doute, il pourrait être mandataire, mais on a considéré qu'il serait indécent de le voir exercer des fonctions destinées à tenir lieu des fonctions de juge. C'est pour une raison analogue qu'il ne peut être expert ou témoin (a. 34, C. pén). Quelle que soit la valeur juridique de cette répugnance il ne nous semble pas qu'il y ait lieu de repousser la tradition.

Quant aux étrangers, nous les considérons comme aptes à être arbitres. Le but et le rôle de l'arbitrage impose cette solution et, comme nous ne rencontrons aucune tradition, aucune règle qui puisse révèler l'intention du législateur (3), en l'absence

1. Rennes. 25 juin 1810.

2. C'est le caractère infamant de la peine qu'il faut considérer ; c'est de lui seul que peut dériver l'incapacité d'être arbitre. Le condamné dont il est question au texte est donc celui que frappe soit une peine afflictive et infammante (a. 7, C. p.), soit une peine simplement infamante comme le bannissement et la dégradation civique (a. 8, C. p.).

3. L'art. 10 dit II de l'acte constitutionnel du 5 fructidor an III,

Digitized by Google

d'une dérogation formelle nous appliquons le principe que toute personne peut être arbitre. L'arbitre tient ses pouvoirs d'un mandat : or le mandat est du droit des gens et peut être donné à un étranger. Quant à l'objection que l'on tirerait de ce qu'il serait inadmissible qu'un étranger pût rédiger un acte faisant foi jusqu'à inscription de faux, rendît une sentence ayant autorité de chose jugée, nous croyons l'avoir déjà réfutée. Puisque l'arbitre est un simple particulier il n'y a pas à considérer sa nationalité. Il n'y a rien de choquant à voir un étranger exercer des pouvoirs qu'un simple particulier peut exercer. La plupart des auteurs ont admis cette solution (1).

Certains auteurs se sont demandé si un juge pouvait être arbitre. Nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir de doute : la réponse doit être affir-

réservait les fonctions d'arbitre aux seuls citoyens, mais cette disposition n'a jamais été reproduite. On la considère donc comme abrogée avec la constitution dont elle faisait partie.

1. Goubeau, I, p. 88-92. — Carré et Chauveau VI, quest. 3260. — Mougalvy, I, p. 149. — Demol, I, nos 237-240. — Aubry et Rau. I, § 77, p. 285, n° 7.

On a parfois invoqué en ce sens contraire divers arrêts (cass. 7 flor. an V, et 15 mai 1838), mais ces arrêts, il faut l'observer, ont été rendus en matière d'arbitrage forcé. Leur décision peut donc se justifier sans s'étendre à l'arbitre volontaire dont on a toujours distingué le caractère de celui de l'arbitre forcé. Au contraire, il n'y a pas d'arrêt rendu en matière d'arbitrage volontaire sur la nomination d'un étranger qui ne soit favorable à notre opinion (Voyez Chambéry, 15 mars 1875, arrêt cité).

Digitized by Google

mative. Si un particulier peut être appelé à trancher un différend, à plus forte raison en sera-t-il de même d'un juge. La question pouvait être discutée dans l'ancien droit, mais aujourd'hui elle ne saurait l'être. Plusieurs textes, le décret des 20 prairial-13 messid an XIII, et l'art. 378 n° 8 C. pr. reconnaissent d'une façon très nette qu'un juge peut être arbitre (1).

Supposons l'arbitre valablement nommé.

Le choix des parties ne lie pas celui qui en est l'objet. L'arbitre, par le seul fait de la nomination, ne devient pas un juge qui ne puisse refuser son ministère. Il peut, non seulement refuser, mais encore se déporter (a. 1014, pr.), c'est-à-dire retracter son acceptation, à condition toutefois que les opérations n'aient pas été commencées. Une fois l'instance engagée il n'est plus libre et s'il refusait de procéder à l'examen de l'affaire il pourrait être condamné à des dommages-intérêts. C'est là la seule conséquence de la règle car il n'existe aucun moyen de contrainte directe.

Mais, puisque c'est un concours de volontés qui confère la mission d'arbitre, de même que la per-

1. Agen, 5 janv. 1825. D. J. G. v° arbitrage, n° 350. — Mais un tribunal entier ne peut accepter le rôle d'arbitre et dépouiller ainsi son caractère public. Paris, 2 fév. 1861, D. P. 62. 2, 47 et note.

Digitized by Google

sonne choisie peut se dégager après avoir accepté, de même les parties peuvent la révoquer après l'avoir investie de ses fonctions. Bien entendu, pour que la révocation puisse produire un effet, il faut qu'elle soit faite d'un commun accord : un seul des plaideurs ne pourrait à lui seul dépouiller de ses pouvoirs un arbitre valablement désigné. Quant à la forme, elle se manifeste par un acte d'huissier ou même par un acte extra-judiciaire, tel qu'une simple lettre ou un avis verbal. La révocation peut même être tacite et s'induire de tout fait qui atteste clairement l'intention de retirer aux arbitres leur mandat, par exemple, d'une comparution en conciliation ou d'une transaction.

L'arbitre ne peut pas seulement être révoqué : chacune des parties a encore le droit de le récuser, c'est-à-dire de s'opposer, par l'effet de sa seule volonté, à ce qu'il statue (a. 1014). Sans doute, elle a consenti à le nommer, mais il serait trop rigoureux de l'obliger à subir sa décision dans les cas où un juge officiel serait suspect. Cette idée donne la mesure dans laquelle la récusation doit être admise. D'une part, ce seront les faits qui permettent de récuser un juge qui seuls permettront de récuser un arbitre (a. 378 pr.) (1). D'autre part, ces faits de-

1. Cass., 28 févr. 1838. D. P. 38, 1, 132. — Pau, 19 avril 1871. D. P. 73, 2, 73. — On ne pourrait invoquer les faits qui autorisent la récusation d'un juge de paix ou d'un expert. Caen, 5 avril 1876. S. 79, 2, 21.

Digitized by Google

vront s'être produits depuis le compromis (a. 1014). S'ils étaient antérieurs, la nomination de l'arbitre supposerait une renonciation à les invoquer. Aux causes survenues postérieurement au compromis, il faut assimiler celles qui, bien que préexistantes, n'ont été connues que depuis. Les raisons qui justifient l'admission des premières peuvent être invoquées en faveur des secondes (1).

Ces diverses règles sont tracées dans le titre même de l'arbitrage. Quant aux autres, notamment celles qui se réfèrent aux formes de la récusation, le législateur les a passées sous silence. En présence de cette omission, il est rationnel de décider que c'est le droit commun en matière de récusation qui doit s'appliquer (2).

Cependant, certains auteurs (3) nient que la récusation doive être proposée par un acte au greffe conformément à l'art. 384 pr. Selon eux, puisque le tribunal arbitral n'est pas organisé comme un tribunal ordinaire, il y a lieu de supposer que cette règle n'a pas été maintenue par le législateur. Com-

1. Goubeau, I, 235. — Boitard, II, n° 1193. — Rodière, II, p. 509. — Contrà : Carré, Quest. 3316.

2. Pau, 19 avril 1871 (arrêt précité).

3. Boitard, II, n° 1192. – Goubeau, I, p. 251. — Carré, Quest. 3318. — Toulouse, 23 mai 1832. D. P. 32, 2, 161. Cet arrêt admet même que la récusation peut valablement résulter d'une simple lettre adressée à l'arbitre.

Digitized by Google

ment d'ailleurs serait-elle appliquée? Il n'y a pas de greffier auprès des arbitres. Les parties devraient donc se rendre au greffe du tribunal. Ce serait leur imposer une formalité souvent bien gênante sans être justifiée par des motifs vraiment sérieux. La récusation pourra donc être signifiée directement à l'arbitre.

Cette argumentation n'est pas dépourvue de valeur. Mais, si on l'accueille, on est conduit à donner à la récusation de l'arbitre une forme tout artificielle. Aussi préférons-nous, avec la jurisprudence, appliquer rigoureusement les articles 384 et 385 C. pr. (1).

Les arbitres ne peuvent eux-mêmes statuer sur la récusation (2). L'arbitre récusé ne peut en effet siéger : dès lors, les autres ne sont plus en nombre puisqu'aucune décision ne peut être prise sans que tous y prennent part (a. 1011), et d'ailleurs le ministère public doit être entendu (a. 385). L'instruction se trouve donc suspendue. Toutefois, il a été jugé que s'il y avait urgence, les arbitres pourraient passer outre et statuer sur le fond du litige sans

1. Cf. Dalloz, J. G. V° Arbitr., n° 660, — Bourges, 3 déc. 1813. D. J. G. V° Arb., n° 647. — Pau, 19 avril 1871 (Arrêt cité).

2. Cass. 1er juin 1812. S. 12, 1, 349.— Paris, 17 mai 1813. Dall. J. G. V° Arb., n° 666. — Toulouse, 23 mai 1882. D. P. 32, 2, 161. — Pau, 19 avril 1871 (Arrêt cité).

Digitized by Google

que la sentence fût nulle. Ce ne serait pas, en effet, juger la récusation et rien ne ferait obstacle à ce que celle-ci fût obtenue postérieurement (1).

Le tribunal compétent est celui au greffe duquel la sentence devrait être déposée.

Quant au délai dans lequel la récusation doit être faite, nous appliquerons encore le droit commun (a. 382, 383). La partie devra agir avant que l'affaire ne soit en état.

Seulement, en matière d'arbitrage, les plaideurs ne sont tenus de déposer leurs pièces que quinzaine avant l'expiration du compromis (a. 1015) et les arbitres ne doivent pas juger avant cette époque. L'affaire ne pourra donc être considérée comme en état, et la partie pourra proposer ses motifs de récusation, tant que cette quinzaine ne sera pas commencée. S'il survenait des causes de récusation pendant l'instance, elles pourraient, conformément à l'article 382 Pr., être proposées jusqu'au jour de la sentence.

CHAPITRE V

DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE.

Tels sont les éléments du compromis. Si l'un d'eux

1. Req. 1er févr. 1837. D. J. G. Vo Arb. no 670. — Pau, 19 avril 1871 (Arrêt cité).

Digitized by Google

faisait défaut, par exemple si la convention de s'en rapporter à un arbitre se formait sans qu'un litige existât ou que l'arbitre fût désigné, il n'y aurait pas compromis; cela est de toute évidence.

Mais cette convention ne serait-elle pas valable comme promesse de compromettre, de telle sorte qu'elle obligeât les parties à faire un compromis?

Supposons, pour nous renfermer dans une hypothèse où la question se présente généralement, que deux parties, après avoir conclu un contrat quelconque, s'engagent à ne soumettre qu'à des arbitres les contestations qui pourrraient naître à l'occasion de ce contrat : une telle clause sera-t-elle valable? Pour préciser, les parties seront-elles obligées, si un différend s'élève entre elles, de nommer des arbitres et de se soumettre à leur décision? Le tribunal saisi d'une demande introduite en violation de cette clause devra-t-il accueillir une exception d'incompétence qui lui serait proposée?

C'est sous cette forme que se pose la question si débattue de la clause compromissoire (1). L'engagement qui résulte de cette clause peut-il avoir une existence propre et constituer un de ces contrats

1. Il est certain que si la clause compromissoire est valable, elle ne peut l'être que comme promesse de compromettre, puisque les éléments du compromis ne sont pas réunis. Du reste, à l'interpréter strictement, elle ne contient pas autre chose que l'engagement de faire un compromis.

Digitized by Google

innommés donnant naissance à une obligation de faire soumise au droit commun?

Il y a une hypothèse où l'affirmative est certaine: celle d'une clause compromissoire jointe à un contrat d'assurances maritimes (a. 332 C. co.). Mais cette solution, consacrée dans un texte exprès, doit-elle être considérée comme appliquant une règle incontestée ou comme dérogeant à une prohibition générale?

Deux opinions tout opposées sont en présence.

Il nous paraît certain que la promesse de compromettre en elle-même est licite : s'engager à faire un compromis n'a rien en soi de contraire aux lois, puisque le droit de recourir à des arbitres est formellement consacré. Pour qu'elle ne fût pas valable, il faudrait qu'un texte spécial la prohibât.

Ce texte existe-t-il?

On a cru le trouver dans l'art. 1006. « *Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité.* » Or, a-t-on dit (1), l'art. 1006 ne se borne pas à déclarer que, tant que les noms des arbitres et l'objet du litige ne seront pas déterminés, le compromis ne se formera pas : il prononce une nullité. Ce qu'il annule, c'est évidemment ce qui existe, la convention dans laquelle ne sont dé-

1. Championnière, *Rev. de législ.*, XVII, p. 241.

Digitized by Google

signés ni les arbitres, ni l'objet litigieux : or, cette convention, c'est une promesse de compromettre. On ne saurait donc distinguer le compromis de la promesse de compromettre. La nullité de l'un entraîne celle de l'autre. Et comment en serait-il autrement? La promesse, si elle est valable, doit nécessairement avoir pour effet la conclusion d'un compromis : elle équivaut donc en réalité à ce dernier. Dès lors, on ne s'expliquerait plus que l'art. 1006, dans un cas où il annule le compromis, laissât subsister une convention de laquelle doit naître un compromis.

Le but de l'art. 1006, ajoute-t-on, est d'empêcher qu'un plaideur puisse s'obliger d'avance à soumettre à des personnes indéterminées un litige indéterminé. Une pareille obligation présente en effet les plus graves inconvénients, car elle enchaîne la liberté des parties dans une mesure que celles-ci ne connaissent pas.

Cette argumentation nous paraît irréfutable si l'art. 1006 se réfère à la convention même intervenue entre les parties. L'art. 1006 prononce-t-il la nullité du compromis conclu sans désignation des arbitres et du litige, il prononce par là même implicitement celle de la clause compromissoire.

Mais ne pourrait-on pas soutenir que ce qu'il vise, ce que désigne le mot « compromis » c'est, non pas la convention même, mais l'acte destiné à

Digitized by Google

prouver le compromis? Il arrive souvent aux rédacteurs de nos codes de confondre sous une même dénomination un contrat et l'acte qui en constate la conclusion(1), et, dans un article voisin, l'art. 1005, nous trouvons sans aucun doute l'expression même dont se sert l'art. 1006 employée à désigner l'acte destiné à faire preuve. Or il est peu vraisemblable que le législateur ait donné, à quelques lignes d'intervalle, un sens différent au même mot. Le rapprochement des deux textes doit d'ailleurs nous éclairer. L'art. 1005 impose la nécessité d'une preuve par écrit parce qu'il ne doit pas pouvoir naître de contestation sur l'existence du compromis. Mais, pour que le but de la règle soit atteint, il est nécessaire que l'écrit exigé soit de nature à faire preuve complètement et ne laisse subsister aucun doute sur les éléments de la convention des parties. Or, un pareil résultat ne pourra être atteint que si cet écrit contient les noms des arbitres et la mention de l'objet du litige. Telles sont les idées que consacre l'art. 1006. Ce dernier est ainsi le complément logique et nécessaire de l'art. 1005. Mais alors il ne se réfère pas au compromis lui-même : il ne vise que l'acte instrumentaire destiné à la preuve (2)

1. Qu'il nous suffise de citer l'art. 1582 relatif à la vente.

2. La distinction que nous proposons constitue, à notre avis, la seule base qu'on puisse donner à un système favorable à la

Digitized by Google

et toute l'argumentation de nos adversaires tombe par là même.

Si l'on se refuse à donner à l'art. 1006 le sens que nous proposons on est obligé d'admettre qu'il a pour seul résultat de prohiber la promesse de compromettre. Mais alors, il faut en convenir, le législateur s'est exprimé d'une façon bien indirecte et contournée. Ces mots : « le compromis contiendra le nom des arbitres et l'objet du litige » signifient : « la promesse de compromettre est nulle. » Au contraire, selon notre interprétation, l'article présente un sens clair et naturel et se trouve en harmonie parfaite avec l'article précédent : le compromis ne se prouve que par écrit (art. 1005) ; l'écrit destiné à faire preuve devra mentionner le nom des arbitres et l'objet du litige. Lorsqu'une disposition législative peut être interprétée de deux manières différentes, il faut lui attribuer le sens le plus simple. Il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du code aient employé des expressions détournées

validité de la clause compromissoire. Il ne suffit pas, en effet, de distinguer, — comme se sont contentés de le faire la plupart des auteurs partisans de ce système, — la promesse de compromettre du compromis, car, si l'on n'établit pas que l'art. 1005 ne se réfère qu'à l'acte destiné à la preuve, on est, pour les raisons exposées au texte, contraint de confondre dans une même prohibition le compromis qui ne contiendrait pas la désignation du litige ou celle des arbitres et la promesse de compromettre. — Cf. Molinier. *Rev. crit. de la Jurisp.*. II, p. 214.

Digitized by Google

pour dire une chose qu'ils pouvaient formuler directement. Voilà pourquoi nous croyons que le mot « compromis » de l'art. 1006 a le même sens que dans l'art. 1005.

Ce qui confirme cette interprétation, c'est l'examen des circonstances au milieu desquelles l'art. 1006 a été rédigé.

La clause compromissoire était d'un usage fréquent dans l'ancien droit (1). A l'époque où s'élaborait le Code de procédure, elle figurait dans un très grand nombre de contrats et jamais on n'avait songé qu'elle pût être illicite (2). Est-il vraisemblable que si le législateur eût voulu prohiber une convention si usuelle, il eût employé les termes vagues de l'art. 1006, qu'il ne l'eût prohibée qu'implicitement, et qu'il n'eût pas déclaré nettement : « la clause compromise est nulle » ?

Il a si peu songé à prohiber la promesse de compromettre qu'il la mentionne dans l'art. 332, C. Com. C'est donc qu'elle est valable.

On s'est, il est vrai, fondé sur ce dernier article pour justifier une solution contraire. L'art. 332, C. Com., a-t-on dit, autorise la clause compromissoire en matière d'assurance maritime, dont elle la prohibe en toute autre matière.

1. Elle était même sanctionnée par l'art. 3, t. IV. de l'ordonnance de 1681.
2. Voyez Dalloz, *Jur. Gén.* v° arbitrage n° 454.

Digitized by Google

Ce raisonnement repose sur une base inexacte.

L'art. 332, C. Com. n'autorise pas à proprement parler la clause compromissoire, il la mentionne comme une convention susceptible d'être conclue, dont la validité n'est pas en question. « Le contrat d'assurance... exprime... la soumission des parties à des arbitres, si elle a été convenue... » Ces termes ne déclarent pas la clause valable, ils la supposent telle. Ce qui le prouve c'est que cette clause de soumission aux arbitres figure au nombre de différentes clauses, susceptibles d'être introduites dans le contrat d'assurance, dont la validité ne peut être contestée, — comme la stipulation du temps auquel les risques doivent commencer et finir, celle de la prime de l'assurance, — et que le paragraphe où elle se trouve mentionnée est immédiatement suivi de cette phrase : « ... et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues. » Ce n'est pas de la sorte que le législateur consacrerait une exception à une règle générale.

Quant aux arguments que l'on a cru pouvoir tirer des inconvénients que présenterait la validité de la promesse de compromettre, ils nous paraissent insuffisants. Ce n'est pas par cela seul qu'une convention peut causer un préjudice aux parties qu'il est permis de l'annuler. D'ailleurs, les inconvénients qu'on invoque ne sont pas si grands aux yeux du

Digitized by Google

législateur puisqu'il ne les a certainement pas redoutés dans un contrat d'assurance maritime. Si ses conséquences ne sont pas à craindre dans ce dernier, il n'y a pas de raison pour qu'elles le soient davantage dans une autre hypothèse.

Ajoutons qu'en somme la clause compromissoire ne fait que placer les parties dans la même situation que si elles étaient soumises à un arbitrage forcé. Dans les hypothèses où la loi imposait l'arbitrage, les parties se trouvaient d'avance obligées de conclure un compromis sans que ni le litige ni l'arbitre fût désigné. C'est donc qu'une pareille situation, aux yeux du législateur, ne présente pas d'inconvénients trop graves, et si les parties pouvaient y être soumises malgré elle, à plus forte raison devaient-elles pouvoir s'y soumettre volontairement.

Il est donc permis de regarder l'art. 1006 comme étranger à la promesse de compromettre (1). Dès lors cette promesse, licite en elle-même, n'étant prohibée par aucun texte spécial, doit être considérée comme valable.

1. Cela est si vrai que la plupart des auteurs, lorsqu'ils commentent cet article, ne songent qu'à la nullité de l'écrit destiné à faire preuve et non au compromis lui-même. C'est l'écrit qu'ils déclarent frappé de nullité. Quant à la convention même, ils ne s'en occupent pas (Voyez par exemple Boitard, II, n° 484). Ceux d'entre eux qui n'admettent pas la validité de la clause compromissoire nous semblent donc se contredire eux-mêmes consacrer à leur insu la condamnation de leur propre système

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, de cette discussion il résulte que le sens de l'art. 1006 n'est pas clair et qu'il n'est pas certain qu'on puisse en inférer la nullité de la clause compromissoire. Or, dans le doute, nous devons l'interpréter dans un sens favorable au principe général de la liberté des conventions (1).

1. En ce sens voyez : Carré et Chauveau, VI. Quest. 3274 et 3279 bis. — Pardessus. Dr. com. V. n° 1391. — Rodière, III, p. 39. — Dall. J. G., v° arbitr. n° 454. — Molinier, Rev. de Jur. II, p. 214. Le Hire et Jay. Manuel, n° 148.

La jurisprudence a d'abord consacré le système que nous venons de soutenir et déclaré valable la clause compromissoire (Paris, 14 févr. 1809. — Colmar, 24 août 1825. — Cass. req. 8 juin 1841 et 2 mars 1842).

Mais depuis, elle s'est formée en sens contraire et actuellement elle annule avec fermeté la promesse de compromettre (Cass. 2 décembre 1844. D. P. 45, 1, 40. — Paris, 23 juil. 1852. D. P. 54, 2, 102. — Cass. 28 mai 1860. D. P. 60, 1, 243. — Req. 15 juil. 1879, S. 79, 1, 364. — Req. 22 mars 1880, S. 81, 1, 10.— Amiens, 10 juin 1881, S. 82, 2, 212, et Amiens 10 juin 1881, S. 82, 2, 213).

Mais il faut observer que la plupart des arrêts se bornent à invoquer l'art. 1006 sans examiner s'il a réellement le sens qu'ils lui attribuent, comme si l'exactitude de ce sens était évident.

Quoi qu'il en soit, les conséquences rigoureuses du système de la jurisprudence sont atténuées par ce fait que les tribunaux n'exigent pas toujours pour la validité du compromis lui-même une précision absolue dans la désignation de l'objet du litige et celle de l'arbitre. Ainsi il a été jugé (Cass. 17 mai 1836. D. P. 36, 1, 359) que la clause insérée dans le contrat de vente d'une étude, d'après laquelle les difficultés qui pourront s'élever sur l'exécution du traité seront jugées par la chambre des avoués, est valable comme compromis. De même un arrêt de la Cour de Paris, en date du 7 mars 1843 (Dall. J. G., v° arbitr. n° 447) a décidé que la clause de l'acte d'engagement intervenu entre l'administration d'un théâtre et un artiste portant que toutes les contestations qui pourront survenir entre l'administration et l'artiste seront jugées par le conseil judiciaire du théâtre détermine suffisam-

Digitized by Google

Mais, pourrait-on nous objecter, la validité de la clause compromissoire n'est-elle pas une illusion, et ne dépendra-t-il pas toujours de l'une des parties de mettre obstacle à son exécution ? Les plaideurs ne sont engagés à nommer des arbitres, mais si l'un d'eux se repent d'avoir contracté ne pourra-t-il pas indirectement se refuser à nommer un arbitre en écartant systématiquement tous les noms qui pourraient être proposés? Il s'ensuit qu'au fond, malgré la validité de la clause compromissoire, les parties ne seraient réellement pas liées.

Nous répondrons qu'au point de vue juridique, lors même que la mauvaise volonté de l'une des parties pourrait mettre obstacle à l'exécution d'une convention, il ne s'en suivrait pas que celle-ci fût nulle. Autre chose est pour une convention d'être

ment l'objet du litige et l'arbitre. Cette application large du principe admis par la jurisprudence a pour effet de valider des conventions qui au fond ne sont que des promesses de compromettre. Cependant il faut observer que les arrêts précités ont été rendus à une époque où les tribunaux n'admettaient pas encore sans hésitation la nullité de la clause compromissoire. Ils sont du reste demeurés isolés.

Ajoutons, pour terminer, que la nullité de la clause compromissoire n'est pas considérée comme d'ordre public, de telle sorte qu'elle peut être couverte par toute exécution volontaire émanant personnellement des parties. Cette idée s'applique notamment dans l'hypothèse où, des difficultés s'étant élevées à propos du contrat où figurait la clause compromissoire, les adversaires choisissent des arbitres et comparaissent devant eux (Cass. 17 mai 1836. D. P. 36, 1, 359. — Cass. 28 janv. 1846, D. P. 46, 1, 245 et 246. — Paris, 18 mars 1873, D. P. 74, 2, 137).

Digitized by Google

nulle, autre chose de ne pouvoir être exécutée par l'effet d'un obstacle postérieur.

Ajoutons que cette situation sur laquelle se fonde l'objection se retrouve tout entière lorsque c'est dans un contrat d'assurance maritime que figure la clause compromissoire.

Mais il n'est pas nécessaire de nous retrancher dans de semblables réponses. Nous ne croyons pas en effet qu'il dépende des parties de mettre obstacle à l'exécution de la clause compromissoire. Celle-ci, selon nous, sera sanctionnée comme toute convention.

Elle constitue une obligation de faire, l'obligation de nommer des arbitres et de leur soumettre le différend. Si l'une des parties se refuse à l'exécuter, comme l'exécution serait de nature à pouvoir être obtenue sans l'intervention personnelle de la partie récalcitrante, conformément à la règle admise en matière d'obligations de faire (art. 1142. C. civ.), ce serait le tribunal qui nommerait l'arbitre. Objectera-t-on que l'arbitre ne saurait être désigné que par les parties ? Nous répondrions que le tiers arbitre adjoint aux autres en cas de partage peut être nommé par le tribunal (a. 1018 pr.). Or la situation des parties qui ne s'entendraient pas à propos du choix du tiers arbitre est la même que celle des parties qui ne s'entendraient pas sur le choix des

Digitized by Google

arbitres originaires. Nous ferons encore observer que dans l'hypothèse où la clause compromissoire est certainement valable (a. 332. C. co.) il serait inadmissible que l'obligation des parties reconnue par la loi n'eût pas de sanction et que l'arbitre ne pût être nommé par le tribunal. Or, puisque la clause compromissoire est, selon nous, toujours valable, l'arbitre peut toujours être désigné d'office.

CHAPITRE VI

FORMES OU COMPROMIS.

Nous avons dit que le compromis était un contrat et se formait par le seul consentement. La loi ne l'ayant assujetti à aucune solennité, il reste soumis au droit commun.

Toutes les formes dans lesquelles peuvent être passés les contrats purement consensuels conviennent au compromis : c'est ce que proclamait formellement l'orateur du Tribunat devant le Corps législatif (1).

L'art. 1005 dit, il est vrai, qu'il « pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres, ou par

1. Voyez Locré, t. XXXIII, p. 437.

Digitized by Google

acte devant notaire ou sous signatures privées », mais on est d'accord pour reconnaître que cette disposition — analogue du reste à celle de l'art. 1582 relatif à la vente — se réfère seulement aux actes destinés à prouver la convention, qu'elle signifie simplement que ces actes pourront être rédigés dans les trois formes énoncées.

Mais se borne-t-elle à consacrer une simple faculté laissée aux parties? Assurément non; s'il en était ainsi, l'art. 1005 n'aurait pas de sens : il ne formulerait qu'une règle au-dessus de toute discussion. L'art. 1005 doit être rapproché de la disposition de l'art. 2044 qui, dans une matière analogue au compromis, la transaction, édicte que la preuve ne pourra être faite que par écrit (1).

Le compromis ne pourra donc être prouvé que par écrit. Cette règle est facile à justifier.

Le compromis est destiné à éteindre un litige. Il ne faut donc pas qu'un débat puisse s'élever sur la question de savoir si un compromis a été conclu ou non. Le compromis ne devra pouvoir être invoqué que lorsque son existence sera certaine, et, en principe, il n'en sera ainsi que l'orsqu'un écrit aura été rédigé (2).

1. Boitard, II, n° 1181.

2. C'est ce que faisait observer le tribun Albisson à propos de la transaction : « La transaction devant terminer un procès ;

Digitized by Google

Cette prescription, fondée sur un pareil motif, a pour conséquence d'apporter une dérogation aux règles de la preuve testimoniale. Le compromis ne se prouve que par écrit : il s'ensuit qu'il ne pourra jamais être prouvé par témoins, l'intérêt du litige fût-il inférieur à 150 francs, et quand même il existerait un commencement de preuve par écrit (1). La règle est rigoureuse : elle est imposée par le motif même qui a déterminé le législateur à exiger un écrit. Il faut qu'il n'y ait ni doute ni contestation possible sur l'existence du compromis. Or, même s'il existe un commencement de preuve par écrit, il y a doute ; des discussions sur l'admissibilité de l'enquête, sur les témoins à entendre peuvent s'ouvrir. Il peut même s'élever des contestations à propos de la pièce destinée à servir de commencement de preuve.

Mais les modes de preuve qui sont admis dans toutes les circonstances où la loi exige un écrit peuvent être employés (art. 1360). Le compromis se prouvera donc par l'aveu ou le serment. Cette appli-

« c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser « dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibi- « lité ou le résultat d'une preuve testimoniale. » (Voy. Locré, XV, p. 431).

1. Cf. Cass., 9 juin 1868. D. P. 69, 1, 85. — *Contrà :* Cass., 28 nov. 1864. D. P. 65, 1, 105.

Digitized by Google

cation du droit commun ne peut présenter d'inconvénients (1).

L'écrit destiné à constater l'existence du compromis doit contenir les noms des arbitres et la désignation de l'objet litigieux. Telle est la solution consacrée par l'art. 1006, pr. A défaut d'observation de cette règle l'acte est nul et ne vaut plus comme preuve. En effet, une constatation pourrait s'élever à propos de l'un des éléments du compromis des arbitres, de l'objet. Or il ne doit pas pouvoir naître de contestations (art. 1005).

Quand la désignation sera-t-elle suffisante ? C'est là une question de fait abandonnée à la sagesse des tribunaux (2).

1. En ce sens : Boncenne et Bourbeau, VI, p. 511. — Carré et Chauveau, quest. 3284 *bis*. — Riom, 4 mai 1861. D. P. 61, 2, 129 et note ; Cass., 9 juin 1868. D. P. 69, 1, 85.

2. Ainsi d'une part, l'objet peut être considéré comme suffisamment désigné, lorsque les parties donnent aux arbitres nommés par elles, pouvoir de statuer sur toutes les contestations nées ou à naître sur l'exécution de tel contrat, (voyez les arrêts cités dans le *Dict. de droit comm.* de Ruben de Couder, v° *Compromis*, n° 81). D'autre part, les arbitres pourront être suffisamment désignés par leur qualité. En ce sens il a été jugé, par un arrêt qui consacre à la fois les deux idées que nous venons d'exposer, que la clause de l'acte d'engagement intervenu entre l'administration d'un théâtre et un artiste d'après laquelles toutes les contestations qui pourraient survenir entre les parties devraient être jugées par le conseil judiciaire du théâtre, détermine suffisamment l'objet du litige et les arbitres. Paris. 7 mars 1843. D. J. G. v° *Arbitr.* 447. Peut-être cet arrêt n'est-il pas entièrement en harmonie avec ceux que nous avons cités comme consacrant la nullité de la clause compromissoire.

Digitized by Google

L'écrit susceptible de prouver le compromis peut être rédigé dans plusieurs formes : par acte notarié, par actes sous seings privés, par procès-verbal des arbitres. Chacune de ces formes est soumise à ses règles particulières.

L'acte notarié devra réunir toutes les conditions requises par la loi du 25 ventôse an XI.

Si l'acte est sous seings privés, les dispositions de l'art. 1325 C. civ., seront applicables. Un double original sera nécessaire. Sinon l'acte serait nul.

Mais que décider à l'égard du procès-verbal des arbitres ? Evidemment ce procès-verbal n'a pas le caractère d'un acte authentique puisqu'il n'a pas été dressé par des officiers publics. C'est donc un acte privé. Aussi devra-t-il être revêtu, non seulement de la signature des arbitres, mais encore de celle des parties : les arbitres n'ont pas qualité pour constater à eux seuls une convention qui leur confère leurs pouvoirs.

Mais c'est un procès-verbal, selon l'art. 1005 : il s'ensuit qu'il se trouve dispensé de l'observation des règles formulées dans l'art. 1325. Bien qu'il ne soit qu'un acte privé, il pourra n'être rédigé qu'en un seul exemplaire. S'il en était autrement, l'art. 1005 n'aurait pas distingué le procès-verbal de l'acte sous signatures privées. D'ailleurs l'application de l'art. 1325 n'a plus de raison d'être. Elle suppose que l'é-

Digitized by Google

crit est remis aux parties ; il faut alors que chacune de celles-ci ait entre les mains une preuve de la convention pour ne pas être à la merci de l'autre. Le procès-verbal au contraire doit rester entre les mains des arbitres : la preuve n'est donc plus à la merci de l'un des intéressés et il n'y a pas de motifs pour que plusieurs exemplaires soient rédigés (1).

La règle est qu'il faut un écrit. Mais elle ne détermine pas quel écrit elle exige. On pourra donc la considérer comme observée toutes les fois qu'un écrit, quel qu'il soit, aura été rédigé, pourvu que celui-ci soit de nature à faire preuve selon le droit commun. Ainsi une mention faite par le juge de paix dans un procès-verbal de conciliation constaterait valablement le compromis. Le procès-verbal de conciliation constitue, en effet, un acte authentique faisant foi de ce qu'il renferme (2) (A. 54, C. pr.).

1. En ce sens. Grenoble, 16 avril 1842. D. P. 45. 4. col. 26 et 27.

2. Il n'y a pas à distinguer s'il est ou non signé des parties. Toulouse, 25 juin 1831. D. J. G. v° *Arbitrage*, n°s 426, 427. — Bordeaux, 5 févr. 1830. D. P. 30, 2, 162. — Agen, 28 février 1867. D. P. 67, 2, 160. — Ces deux derniers arrêts décident même que le juge de paix saisi d'une contestation *comme juge* peut, avec le consentement des parties, constater valablement dans un procès-verbal le compromis intervenu au cours de l'instance. Ils sont en harmonie avec un arrêt (Bordeaux, 5 février 1830. D. P. 30, 2, 162) qui consacre cette idée que le juge de paix a, en toutes circonstances, la mission de concilier les parties et de constater dans un procès-verbal les conventions qui forment la base de la conciliation.

Digitized by Google

Toutefois, si deux plaideurs, après avoir comparu en justice, déclaraient se désister pour soumettre leur différend à des arbitres désignés, le jugement qui leur donnerait acte de ce désistement ne pourrait servir de preuve, même s'il mentionnait le compromis intervenu. Les juges n'ont pas mission de constater les conventions des parties. Le désistement a mis fin à leurs pouvoirs et une fois qu'ils en ont donné acte toute mention complémentaire ne peut être considérée que comme faite en dehors de leurs attributions (1).

Les nullités qui se rapportent aux questions de forme se couvrent par l'exécution volontaire. C'est là une règle universellement admise (A. 1338, civ.) (2). Les parties avaient la faculté de demander la nullité : elles n'en ont pas usé ; elles ont préféré exécuter le contrat qu'elles pouvaient faire annuler. Il n'y a pas de raison pour que leur volonté ne soit

1. Boncenne et Bourbeau, VI, p. 516. — *Contra :* Bourges, 24 mai 1837. D. P. 37, 2, 166.

2. Voyez Dalloz, *Rép.* v° *Arbitr.*, nos 408, 408. L'exécution résulte notamment de la comparution volontaire devant les arbitres. Cf. à propos de la nullité résultant de l'inobservation de l'art. 1125, Dall. *loc. cit.* — à propos de la désignation des arbitres et du litige les arrêts cités par nous dans notre examen de la jurisprudence en matière de clause compromissoire. Enfin, tous les arrêts précités qui se rapportent à la validité du compromis constaté par le procès-verbal du juge de paix consacrent subsidiairement la même idée.

Digitized by Google

pas respectée. Faute d'un acte régulier en la forme le compromis ne pouvait être prouvé par écrit. Mais l'exécution volontaire constitue un aveu de son existence. Or, nous avons vu que l'aveu pouvait suppléer au défaut d'un écrit.

CHAPITRE VII

EFFETS DU COMPROMIS.

Le compromis formé, les parties sont définitivement liées. La connaissance de l'affaire ne peut désormais être retirée aux arbitres que d'un commun accord.

L'instance s'ouvre. Elle produit à l'égard de la prescription le même effet interruptif que la demande en justice puisqu'elle doit avoir les mêmes résultats qu'une instance judiciaire (1) (A. 2244, civ.). Si toutefois les parties révoquaient leurs arbitres, expressément ou tacitement, l'interruption serait regardée comme non avenue. Nous appliquons par analogie les effets du désistement (A. 2247). De même si le compromis tombait en péremption

1. Paris 9 janvier 1826. D. P. 31, 2, 10.— Limoges 6 avril 1848. D. P. 48, 2, 120.— Bastia 18 février 1856. D. P. 56, 2, 141.

Digitized by Google

faute d'une sentence intervenue dans les délais (1).

La demande en justice fait courir les intérêts : il en sera de même du compromis. C'est là une règle inséparable de la précédente. Le compromis constitue le débiteur en demeure puis qu'il interrompt la prescription et que tout acte interruptif de la prescription vaut comme interpellation (2).

Enfin, il faut admettre, toujours pour des raisons tirées de l'analogie entre les effets de l'instance judiciaire et ceux de l'instance arbitrale, qu'une fois le compromis conclu, le possesseur de bonne foi cesse de faire les fruits siens.

CHAPITRE VIII

DISSOLUTION DU COMPROMIS.

Si l'un des éléments dont la réunion seule forme le compromis venait à disparaître celui-ci serait dissous.

Il ne peut en être autrement lorsque c'est le litige même qui se trouve éteint. Les causes d'extinction sont nombreuses : il suffit de citer à titre

1. Cf. les arrêts ci-dessus.
2. Aubry et Rau. IV, p. 96. n. 1.

Digitized by Google

d'exemples, la perte de la chose litigieuse, la confusion, la transaction.

L'arbitre vient-il à mourir, s'est-il déporté, a-t-il été récusé, ou bien en général se trouve-t-il, pour une cause quelconque, empêché de statuer, il y a là encore une cause de dissolution (a. 1008, 1012 pr.).

Les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à telle personne ; celle-ci ne peut s'acquitter de sa mission, dès lors l'exécution de la convention devient impossible. Il en serait de même si plusieurs arbitres avaient été choisis et que l'un d'eux ne pût prendre part à l'instruction ou à la sentence. C'est en effet à la décision de tout le tribunal arbitral et non à celle de quelques-uns de ses membres seulement que les parties ont entendu se soumettre. Il pourrait évidemment être convenu que la disparition de l'un des arbitres n'empêcherait pas les autres de statuer valablement.

La mort de l'une des parties ne dissout le compromis que si le défunt laisse des héritiers mineurs (1). Les héritiers majeurs succèdent aux obligations nées du compromis dans la personne de leur

1. La clause par laquelle il serait dit que le compromis lierait les héritiers mineurs serait sans effet : ceux-ci ne peuvent être privés par leur auteur au bénéfice d'une règle que la loi établit dans leur intérêt. Cass. 28 janv. 1839. D. P. 39.1.83.

Digitized by Google

auteur, sauf, bien entendu, leur droit de répudier la succession ou de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire (a. 1013 pr.)

Il a d'autres causes de dissolution (1) qui dépendent de faits étrangers aux éléments mêmes du compromis. Nous nous réservons d'en parler à propos de ces faits.

1. Par exemple le partage, l'expiration du délai.

Digitized by Google

SECTION II

De l'Instance arbitrale.

CHAPITRE I

COMPÉTENCE DES ARBITRES.

La compétence des arbitres, née du compromis, est limitée par lui. Tout ce qui concerne la nomination des arbitres et la validité de la convention qui leur confère leurs pouvoirs lui reste étranger, car nul ne peut se créer un titre à lui-même (1).

En même temps elle ne s'étend pas au delà des questions désignées par les parties. Ainsi les arbitres ne doivent pas accueillir des conclusions additionnelles à moins qu'elles n'aient une connexité tout intime avec la demande. Autrement il dépendrait du demandeur seul de soustraire à la juridiction ordinaire des prétentions qui seraient restées étrangères au compromis. Que décider quant aux demandes reconventionnelles ? On ne peut les intro-

1. Paris. 9 janv. 1838. D. P. 38. 2. 124. — Cass. 2 août 1842. Dall. J. G. v°. arbitr. n° 987.

Digitized by Google

duire dans une instance arbitrale. Il faudrait cependant admettre une exception en faveur de celles qui constitueraient un moyen de défense directe à l'action principale et notamment de la compensation. Le droit de défense comprend la faculté d'opposer de pareilles demandes. Celles-ci en cause d'appel ne se distinguent pas de la défense (a. 464 pr.). Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement en matière d'arbitrage (1). Mais la demande reconventionnelle ne sera jamais recevable que dans la mesure où elle pourra servir de défense. Supposons, par exemple, qu'elle tende à la compensation. Si la créance invoquée par le défendeur excède celle dont le demandeur principal poursuit le paiement, les arbitres débouteront valablement ce dernier mais ne pourront le déclarer débiteur de la différence.

Toutefois il ne faut pas imposer trop rigoureusement aux arbitres l'oligation de se renfermer dans les termes du compromis. D'abord toutes les questions incidentes qui pourraient leur être soumises par voie principale (2) et dont l'examen est nécessaire à la solution du litige, ou bien qui se rattachent directement à la question principale doivent

1. Paris 4 décembre 1828. Gaz. des Trib. 1828. n° 1037.

2. Il est bien évident que les arbitres ne pourraient connaître incidemment des questions qui ne sauraient leur être soumises par voie principale. Cette observation se rapporte surtout à cer-

Digitized by Google

être considérées comme implicitement insérées au compromis. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier suivant les faits et les circonstances dans quelles hypothèses cette règle devra s'appliquer. Ainsi il a pu être jugé que la clause générale donnant pouvoir aux arbitres de connaître de tout ce qui se rapporte à un acte entraîne compétence pour statuer sur la validité de l'acte même (1).

Un arrêt (2) avait décidé que les arbitres ne pouvaient statuer sur leur propre compétence parce que ces questions de compétence n'étaient pas comprises dans les objets du litige. Cette solution n'a pas prévalu et aujourd'hui on applique aux arbitres le principe que tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa compétence (3).

Mais si les arbitres peuvent déterminer eux-mêmes leur compéteuce ils n'en sont pas juges souverains, même lorsque les parties les ont autorisés à statuer sans appel (4). L'art. 1028 pr. donne en

taines questions préjudicielles et notamment à celles qui se référeraient à l'état des parties.

1. Paris, 18 mars 1833. S. 33. 2. 310.

2. Paris, 13 décembre 1808. Dall. J. G. v° arbitr. n° 984.

3. Carré, quest. 3281. Boncenne VI. p. 488. Cass. 28 juillet 1818. S. 19. 1. 22. Cet arrêt contient un argument ingénieux. Les arbites, y lisons-nous, doivent se renfermer dans les termes du compromis. Or pour qu'ils puissent observer cette règle il faut nécessairement qu'ils examinent jusqu'où s'étend leur compétence.

4. Cass. 7 nov. 1865, D. P. 66. 1. 204.

Digitized by Google

effet aux parties le droit de former opposition à l'ordonnance d'exequatur quand la sentence a été rendue hors des termes du compromis. Or nous verrons que ce droit peut être exercé nonobstant toute renonciation formulée d'avance. Lors donc qu'un des plaideurs estimera que les arbitres se sont à tort déclarés compétents, il pourra toujours attaquer la sentence conformément à l'art. 1028.

Puisque les arbitres jouent le rôle de juges, ils sont compétents pour ordonner tous les actes d'instruction qu'ils croient nécessaires, tels, par exemple, qu'une expertise, une vérification d'écritures, un interrogatoire sur faits et articles, et connaître des incidents qui pourront s'élever devant eux. Les parties, du reste, en leur soumettant une question litigieuse, leur ont conféré par là même les pouvoirs nécessaires pour parvenir à la résoudre.

Mais s'il s'élevait un incident de faux, même civil, ou un incident criminel, les arbitres devraient délaisser les parties à se pourvoir devant les autorités compétentes (a. 1015). Une simple allégation de faux ne suffirait pas pour suspendre l'instance arbitrale. C'est de « l'inscription de faux » seule qu'il s'agit dans l'art. 1015. Ce que ne peuvent juger les arbitres, c'est la question de savoir si un faux

Digitized by Google

a été commis parce que la communication au ministère public serait nécessaire. Mais lors que l'inscription de faux n'a pas été formée, que l'une des parties se borne à demander aux arbitres d'écarter une pièce comme entachée de faux, cette pièce n'est pas déclarée fausse mais simplement suspecte, et il ne s'agit que de savoir si elle doit ou non être rejetée du procès. Cette demande laisse de côté la question de faux : elle est en dehors de termes de l'art. 1015 ; elle n'est pas communicable et les arbitres peuvent la juger comme le feraient des juges ordinaires (1).

En ce qui concerne leur décision, puisque les parties ont entendu s'y soumettre comme si elle émanait de juges, ils peuvent insérer dans la sentence toutes les dispositions qui seraient légales dans un jugement ordinaire pourvu qu'elles ne soient en contradiction avec aucun des principes spéciaux à l'arbitrage et que les termes du compromis puissent les faire supposer implicitement autorisées par les parties. C'est ainsi qu'ils peuvent accorder des dommages-intérêts quand ils ont reçu le pouvoir de statuer sans réserves (2), et même les accorder à titre de sanction pénale pour le cas où une inter-

1. En ce sens : Carré, Quest. 3323. Goubeau p. 166 et 290. Douai 28 juin 1815. Cass. 18 juin 1816.
2. Cass. 28 juin 1852. S. 53. 1. 186.

Digitized by Google

diction prononcée dans la sentence aurait été enfreinte. (1) Mais ils ne pourraient imposer une amende : le droit d'infliger des peines n'appartient qu'à la puissance publique.

La faculté d'interpréter leur sentence ne leur appartient pas davantage à moins que les parties ne leur confèrent de nouveaux pouvoirs, car, leur décision une fois rendue, ils ont cessé d'être arbitres. Les juges eux-mêmes ne sauraient leur demauder une interprétation. Ainsi l'a décidé avec raison un arrêt de cassation du 25 juillet 1857, fondé sur ce que les juges ne peuvent à eux seuls faire revivre un contrat consommé entre les parties.

Par l'effet d'une disposition spéciale de la loi, la juridiction arbitrale ne peut s'exercer que durant un certain délai. En règle générale, la compétence des arbitres ne subsiste que pendant trois mois (a. 1007 pr.). Mais la convention des parties peut la prolonger au-delà de cette limite (2).

Ce sont les effets mêmes du compromis qui sont renfermés dans le délai. Celui-ci a donc pour point de départ le compromis même et non le moment où

1. Cass. 11 févr. 1873. D. P. 73. 1. 245.

2. Mais la loi veut que le délai soit déterminé. Aussi a-t il été jugé que les parties ne pourraient laisser en blanc la date du compromis, parce que ce serait donner aux arbitres la faculté de fixer à leur guise le point de départ du délai et créer ainsi un délai indéterminé (Cass. 11 juill. 1882. S. 82, 1, 461).

Digitized by Google

l'instance arbitrale a été organisée conformément au compromis (1).

Les délais peuvent être suspendus dans les deux hypothèses visées par l'art. 1015 et, en général, toutes les fois qu'il y a lieu à un renvoi devant les tribunaux. Ils ne pourront l'être par aucun incident qui serait de la compétence des arbitres, parce qu'à défaut d'une disposition précise, on doit appliquer la règle générale qui déclare nulle la sentence rendue après l'expiration du délai conventionnel ou légal (2).

Leur expiration, qu'ils soient conventionnels ou légaux, entraîne la dissolution du compromis.

Mais les parties peuvent, durant le cours de l'instance arbitrale, proroger les pouvoirs des arbitres. La prorogation constitue en réalité un nouveau compromis; elle doit donc être prouvée comme le compromis : en principe, un écrit devra donc être rédigé, mais l'aveu serait suffisant. Elle peut résulter de tout fait qui la suppose clairement non moins que d'une déclaration formelle, pourvu que ce fait

1. Cass. 1er déc. 1880. S. 83, 1, 27.—Le simple défaut de signature de la sentence dans le délai du compromis ne serait pas une cause de nullité s'il résultait des circonstances que les termes de la décision arbitrale ont réellement été arrêtés avant l'expiration du délai (Cass. 7 mai 1873. D. P. 73, 1, 245.

2. Goubeau, I, p. 172. — Boncenne, VI, p. 591. — Chauveau sur Carré. Quest. 3322.

Digitized by Google

soit prouvé par écrit (1), ou, plus généralement, comme la prorogation expresse. Les formes que la loi impose au consentement explicite des parties (art. 1005) doivent à plus forte raison être imposées au consentement implicite. Nous supposons que les faits d'où résulte la prorogation émanent des deux parties et attestent la volonté réciproque de proroger les pouvoirs des arbitres (2) : la prorogation ne peut, en effet, avoir lieu que par consentement mutuel.

Puisqu'un nouveau compromis se forme, l'arbitre

1. Cass. 31 mars 1884. S. 84, 1, 261.

2. A titre d'exemple, citons la comparution volontaire des parties après l'expiration des délais (Cass. 2 mai 1827. D. P. 27, 1, 224. Cass. 19 déc. 1848. D. P. 48, 1, 89. Orléans, 11 mars 1852. D. P. 55, 2, 261 Cass. 1 déc. 1857. D. P. 58, 1, 29).

Certains arrêts (cf. notamment Cass. 1er décembre 1857) admettent que les faits impliquant prorogation doivent être considérés comme prouvés par écrit lorsqu'ils sont relatés dans la sentence. Cette solution nous semble trop absolue. D'autres arrêts la rejettent avec raison : les arbitres ne peuvent eux-mêmes constater valablement le fait qui leur confère ou prolonge leurs pouvoirs ; la preuve ne peut émaner que des parties (Cf. en ce sens notamment Toulouse, 7 juin 1810. Dall. J. G. vo arb. no 738, et Orléans, 11 mars 1852).

Toutes ces solutions du reste sont controversées. Quelques auteurs (Mongalvy, no 259, Boncenne, VI, p. 543) exigent une déclaration expresse. En ce sens : Bourges, 19 février 1825. D'autres auteurs et quelques arrêts admettent la prorogation tacite, mais sans considérer la preuve par écrit comme nécessaire. En ce dernier sens : Paris, 11 nov. 1845. Grenoble, 29 janvier 1846. Rennes, 11 déc. 1848.

Digitized by Google

pourrait se refuser à conserver sa mission au-delà du terme primitivement fixé.

Une clause spéciale du compromis pourrait également conférer aux arbitres la faculté de proroger eux-mêmes le délai. La prorogation ordonnée en vertu de cette clause devrait, comme celle qui émanerait des parties, être prouvée par écrit, mais elle ne donnerait pas à l'arbitre le droit de se déporter. Elle constitue en effet moins un nouveau compromis qu'une prolongation de l'ancien, puisque c'est en vertu d'une clause de ce dernier qu'elle a été ordonnée. L'arbitre, du reste, qui a accepté la mission de statuer avec faculté de proroger les délais, doit être considéré comme s'étant engagé à conserver ses pouvoirs s'il y avait lieu d'user du droit de prorogation.

Les arbitres, si les parties n'avaient pas fixé le terme de la prorogation, ne pourraient proroger le délai plus d'une fois, ni l'étendre au-delà de trois mois (1).

1. Goubeau, I, p. 129. — Carré, Quest. 3282. — Rodière, II, 508. — Toulouse, 13 déc. 1833. D. P. 34, 2, 112.

Digitized by Google

CHAPITRE II

PROCÉDURE

L'instruction de l'affaire commence : il faut que tous les arbitres y prennent part (a. 1011, pr.). Il est d'usage que les réunions aient lieu chez le plus âgé d'entre eux.

En principe, les délais et formes établis pour les tribunaux doivent être observés : telle est du moins la disposition contenue dans l'art. 1009.

Les formes dont il s'agit sont celles des tribunaux civils de première instance et non celles qui sont suivies devant la juridiction dans la compétence de laquelle rentre la matière soumise aux arbitres. Ainsi une affaire commerciale ou bien relative à une demande personnelle mobilière ne représentant qu'un intérêt inférieur à deux cents francs, ne devrait pas être soumise à la procédure des tribunaux de commerce ou à celle des justices de paix. S'il en était autrement, les arbitres, au moment où s'ouvrirait l'instance, auraient toujours à se demander si l'affaire dont ils sont saisis appartient à la juridiction des tribunaux d'arrondissement, à celle des

Digitized by Google

tribunaux de commerce ou bien à celle des juges de paix. Une pareille nécessité n'est pas conforme au but de l'arbitrage, qui est la simplification des procès. Ajoutons que les arbitres constituent une juridiction spéciale, qu'ils ne remplacent nullement le tribunal qui régulièrement aurait dû connaître du litige dont ils sont saisis. Il n'y a donc pas de raison pour les astreindre à suivre les règles de procédure observées devant ce tribunal. A défaut de formes qui leur soient imposées spécialement, ce sont les formes du droit commun, c'est-à-dire la procédure des tribunaux d'arrondissement, qu'ils doivent appliquer.

Mais la portée de la règle inscrite dans l'art. 1009 a besoin d'être l'objet d'un examen.

D'abord, par la force même des choses, cette règle ne peut être appliquée rigoureusement. Il y a un grand nombre d'actes d'instruction contenus dans la procédure ordinaire qui ne peuvent trouver place dans l'instance arbitrale. C'est ainsi qu'il ne peut être question de constitution d'avoué. Les significations de la demande, des défenses et des réponses peuvent avoir lieu, mais non pas dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une instance ordinaire. Elles ne pourront être faites que directement, de partie à partie, puisqu'il n'y a pas d'avoués. De plus il ne pourra être question de les sou-

Digitized by Google

mettre aux délais ordinaires. L'art. 1016 pr., en effet, n'oblige les parties à produire « leurs défenses et pièces que quinzaine avant l'expiration du délai du compromis, » et la production sera régulière pourvu qu'elle ait été faite avant cette période.

La règle de l'art. 1009 ne trouvera une application complète que s'il s'élève un incident relatif aux preuves. Il peut, en effet, au cours des débats, devenir nécessaire d'entendre des témoins, de procéder à une expertise, à une vérification d'écritures, ou bien à toute autre moyen de preuve analogue. Dans ce cas, un jugement arbitral, rendu exécutoire comme la sentence définitive, ordonne la mesure d'instruction qui convient et on procède dans les formes ordinaires. Mais un incident de cette nature ne se présente que rarement. La plupart du temps, dans la pratique, les parties n'auront compromis que sur des questions simples dont l'exposé contradictoire renfermera tous les éléments d'une solution, et les arbitres choisis seront des hommes ayant les connaissances techniques suffisantes pour n'avoir pas besoin de recourir aux lumières d'autrui.

Supposé même qu'un incident se produise, il sera souvent impossible d'en mener l'instruction à bonne fin. C'est ce que l'on observera presque chaque fois que les pièces n'auront été produites que quinze jours avant l'expiration du délai du com-

Digitized by Google

promis. Si les formes devaient être suivies la sentence ne pourrait être rendue qu'à une époque où les pouvoirs des arbitres seraient expirés (1).

Ajoutons que dans l'hypothèse même où les arbitres auraient devant eux le temps nécessaire, il faudrait encore admettre une restriction à la règle de l'art. 1009. Ainsi, en matière d'enquête, il sera impossible d'appliquer le principe d'après lequel les témoins sont entendus par un juge commissaire en dehors de l'audience. L'art. 1011, dont la prescription est du reste fort rationnelle, décide en effet que tous les actes d'instruction doivent être faits par les arbitres réunis.

Ces diverses difficultés, ces restrictions nécessaires, empêchent de déterminer bien nettement la portée de l'art. 1009. L'observation régulière des formes de procédure est à peu près impossible.

Ajoutons qu'elle n'est pas rationnelle. L'arbitrage ne présente une utilité véritable que s'il simplifie la solution du litige : il faut donc que les parties n'aient pas à subir les complications et les lenteurs de la procédure ordinaire.

C'est probablement sous l'influence de cette dernière idée que le législateur a permis de déroger aux dispositions de l'art. 1009 et d'autoriser les ar-

1 Nous avons vu que le délai n'était pas suspendu par les incidents rentrant dans la compétence des arbitres.

Digitized by Google

bitres à instruire l'affaire sans formes. En fait, les parties usent pour ainsi dire toujours de cette faculté. Les questions relatives à la procédure de l'instance arbitrale ne présentent ainsi qu'un faible intérêt pratique.

De la disposition consacrée dans l'art. 1009 il faut rapprocher celle qui astreint les arbitres à juger d'après les règles du droit (art. 1019). Cette dernière n'est pas plus rigoureuse que la précédente : on peut y déroger et souvent on y déroge.

On affranchit les arbitres de l'obligation d'observer l'une et l'autre règle en leur conférant la qualité d'*amiables compositeurs*.

L'amiable compositeur est en effet un arbitre qui n'est tenu ni de se conformer aux règles du droit, ni de suivre les formes et délais de la procédure.

Qu'il soit dispensé de juger selon les règles du droit, c'est ce qui résulte clairement des termes de l'art. 1019. Mais on admet généralement qu'il peut en outre s'affranchir des formes et délais de la procédure. Cette faculté se trouve nécessairement comprise dans la première. On ne peut concevoir en effet que les parties qui ont laissé à l'arbitre toute latitude en ce qui concerne la solution du litige aient entendu restreindre ses pouvoirs en ce qui concerne

Digitized by Google

les moyens de former sa conviction (1).

Cette solution s'appuie du reste sur les travaux préparatoires. L'orateur du Tribunat, dans son discours au Corps législatif, représentait les amiables compositeurs comme investis du pouvoir « d'accommoder les parties sans aucune formalité et de suivre dans leur décision les règles de l'équité plutôt que celles du droit » (2).

Les amiables compositeurs n'ont d'autre mission que celle de mettre fin au procès comme ils l'entendront. Ils n'ont à prendre conseil que de leurs seules inspirations; ils peuvent fonder leurs décisions sur tous les motifs auxquels ils croiront devoir s'arrêter, consacrer toutes les solutions qui leur paraîtront équitables ou même utiles. C'est ainsi qu'ils imposeront valablement aux parties une transaction au lieu de rendre une véritable sentence (3).

Il s'ensuit que leur sentence doit être définitive. Une pareille extension de leurs pouvoirs suppose de la part des plaideurs une renonciation à l'appel.

1. En ce sens : Chauveau sur Carré, quest. 3354. — Rodière, II. p. 503. — Boncenne, VI. p. 616. — Paris, 18 nov. 1840. D. P. 41. 2. 74. — Orléans 11 avril 1866. D. P. 66. 2. 101. *Contrà* : Limoges, 17 févr. 1823.

2. Cf. Locré, XXIII, p. 441.

3. Ils pourraient également rejeter la prescription trentenaire ou même toute prescription. Cass. 31 oct. 1811. Dall., J. G. V° Arb., n° 1025.

Digitized by Google

On a très bien fait observer que si l'appel restait ouvert, la sentence des amiables compositeurs serait exposée à une réformation presque certaine. Les juges d'appel sont en effet tenus d'appliquer les règles du droit : ils devraient donc toujours émender la sentence des amiables compositeurs lorsque ceux-ci auraient usé de la dispense inhérente à leur qualité. Cette dispense serait donc dépourvue de tout effet. Or, l'intention des parties n'a pu être de confier aux amiables compositeurs des pouvoirs purement illusoires (1).

Quelques arrêts ont même été jusqu'à décider que la réserve de l'appel était incompatible avec l'amiable composition, et que, si elle avait été insérée au compromis, elle devrait être réputée non écrite (2). Nous considérons cette solution comme exagérée, du moins en principe, et nous adoptons la doctrine qui la rejette (3). C'est en effet l'intention des parties qu'il faut considérer. Or, il se pourra que celles-ci, tout en nommant des amiables compo-

1. Chauveau sur Carré, Quest. 3292. — Rodière, II, 521. — Boitard, II, n° 1198. Voyez aussi les nombreux arrêts cités dans Dalloz, J. G. V° Arbitr., n° 1028, et aussi dans le Dict. de proc. de Rousseau et Laisney, V° Arbitre, n° 453.

2. Nancy, 20 mai 1825. Grenoble, 19 janv. 1835. Dall. J. G. V° Arbrtr., n° 1030.

3. Grenoble, 23 juin 1820. Aix, 12 août 1836. Dall. J. G. V° Arbitr., n° 1030.

Digitized by Google

siteurs, aient certainement entendu ne pas se fermer la voie de l'appel. Dans ce cas, leur intention devra être respectée et la qualification d'amiables compositeurs donnée aux arbitres sera considérée comme vicieuse et dépourvue de sens.

Mais il ne faut pas étendre outre mesure les pouvoirs des amiables compositeurs. Ces derniers sont libres, mais seulement en ce qui concerne les modes de procéder à l'instruction et le choix d'une solution : ils restent toujours soumis aux règles que le compromis même a pu leur tracer. Ainsi leur compétence est toujours rigoureusement restreinte aux questions qui leur ont été soumises et ne peut s'étendre audelà des délais fixés. Leur liberté ne dérive que du compromis : elle se trouve donc limitée par le compromis même (1).

Il faut ajouter qu'il ne leur est pas permis de contrevenir aux lois qui intéressent l'ordre public ou les mœurs.

La qualité d'amiable compositeur n'est conférée que par l'effet d'une dérogation conventionnelle au droit commun. Il faut donc qu'elle soit expressément accordée. Toutefois, les parties ne sont astreintes à user d'aucune formule sacramentelle. C'est leur volonté qui donne aux arbitres les pou-

1. Cf. Dalloz, J. G. V° Arbitre, n° 1025, 7°.

Digitized by Google

voirs d'amiables compositeurs : il suffit que leur intention soit certaine et manifestée clairement. Il n'est donc pas nécessaire que le compromis contienne une clause dispensant formellement les arbitres d'observer les règles de la procédure et du droit. La dispense pourra résulter de l'ensemble des termes du compromis, de toute expression qui la supposera (1).

Elle se trouverait contenue, croyons-nous, dans la renonciation à l'appel (2). Nous verrons, en effet, que cette renonciation a pour résultat de rendre impossible tout recours contre le fond même de la sentence arbitrale pourvu que celle-ci ait été rendue dans les termes du compromis. Comment admettre que les parties aient entendu imposer aux arbitres l'observation des règles de la procédure et du droit quand elles se sont dépouillées de tout mode de contrôle et de sanction?

D'un autre côté, il ne faudrait pas s'attacher rigoureusement aux mots employés s'il était prouvé que les parties n'ont pas entendu leur attribuer le sens qu'ils ont ordinairement.

1. Ainsi elle résulterait de ce qu'en matière de société les arbitres auraient été chargés de liquider définitivement toutes créances entre associés, et dispensés, en outre, de toutes formalités de procédure, avec stipulation que leur jugement fera la loi des parties. Cass. rej. 29 nov. 1837. D. v° *Arbitr.*, n° 1020. Voyez encore Lyon, 28 juin 1881. D. P. 82, 2, 190.

2. *Contrà*: Chambéry, 15 mars 1875. D. P. 77, 2, 93.

Digitized by Google

C'est en vertu de cette idée que nous avons décidé plus haut que la qualification d'amiables compositeurs donnée aux arbitres lorsqu'il est certain que les parties avaient l'intention de se réserver le droit d'appel ne devait pas être prise en considération.

Les arbitres ne peuvent évidemment pas trancher eux-mêmes les contestations relatives à la nature et à l'étendue de leurs pouvoirs : le compromis ne les y autorise pas, et leur qualité ne peut dépendre de leur décision (1).

Quelle que soit la forme dans laquelle il doive être procédé à l'instruction, nous avons vu que les parties n'étaient tenues de produire « leurs défenses et pièces » que quinze jours avant l'expiration du délai du compromis. Mais qu'arriverait-il si la production n'avait pas été faite en temps utile ?

Si aucune des parties n'avait produit l'arbitre pourrait se déporter. La loi présume que quinze jours lui sont nécessaires pour consulter les pièces : lorsque celles-ci lui sont remises trop tard il peut invoquer l'impossibilité de statuer en connaissance de cause.

Si l'un des plaideurs seul avait produit, l'arbitre, non-seulement pourrait, mais encore devrait juger.

1. Cass., 11 juin 1811. Dall. J. G. v° *Arb.*, n° 1021.

Digitized by Google

« Et sera tenu l'arbitre de juger sur ce qui aura été produit, » dit l'art. 1016. Sans doute la partie en retard se trouvera dans une situation désavantageuse, mais elle est en faute et elle doit subir la peine de sa négligence.

Mais rien n'interdit à l'arbitre de tenir compte des pièces produites en retard.

CHAPITRE III

DÉLIBÉRATION, PARTAGE, TIERS ARBITRE.

L'instruction terminée, s'il y a plusieurs arbitres il faut qu'une entente s'établisse : aucune décision ne peut être prise qu'à la majorité absolue.

Une délibération s'ouvre; elle est soumise aux mêmes règles que la délibération des juges ordinaires (art. 1009).

Si un projet de sentence reçoit l'adhésion de plus de la moitié des arbitres il est adopté.

Si plus de deux opinions se trouvent en présence aucune décision ne peut être prise. Seulement il faut appliquer l'art. 117, pr. « Les juges les plus

Digitized by Google

faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre ; toutefois ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois. »

Mais supposons qu'il n'y ait pas lieu d'appliquer la règle de l'article 117. Par exemple, trois opinions ont été émises mais chacune d'elles a obtenu le même nombre de suffrages, ou bien il n'y a qu'une des opinions qui ait obtenu plus de voix que chacune des autres. Alors une solution est impossible et le compromis prend fin.

Cependant, s'il y a partage, un tiers arbitre pourra être nommé, à condition bien entendu que les parties y aient consenti. « En cas de partage, lisons-nous dans l'art. 1017, les arbitres autorisés à nommer un tiers seront tenus de le faire par la décision qui prononce le partage ; s'ils ne peuvent en convenir ils le déclareront dans le procès-verbal et le tiers sera nommé par le président du tribunal qui doit ordonner l'exécution de la sentence arbitrale... Dans les deux cas, les arbitres divisés seront tenus de rédiger leur avis distinct et motivé soit dans le même procès-verbal soit dans des procès-verbaux séparés. »

Ces formalités ne sont pas imposées à peine de nullité et la jurisprudence a plusieurs fois décidé

Digitized by Google

avec raison que le législateur ne les avait mentionnées que comme constituant le moyen le plus naturel d'attester le désaccord et d'arriver à la nomination du tiers arbitre. Toute manifestation propre à faire connaître le partage et les avis des arbitres divisés serait suffisante (1). L'omission même des procès-verbaux n'entraînerait pas nullité (2).

La loi suppose le tiers arbitre nommé (3) par les arbitres originaires. La nomination pourrait évidemment être réservée aux parties.

Mais quand y aura-t-il partage ? Sera-ce toutes les fois qu'aucune des opinions émises n'aura pour elle plus de la moitié des suffrages ?

Nous ne le pensons pas. S'il en était ainsi l'intervention du tiers arbitre pourrait être dans certains cas inefficace. Supposons trois arbitres : chacun d'eux est d'un avis différend : le tiers arbitre en se joignant à l'un d'eux ne créera pas une majorité.

Or, ce tiers arbitre a pour rôle de rendre une solution possible ; son intervention doit avoir pour résultat de permettre à l'une des opinions émises de l'emporter sur les autres. Cela suppose que lors-

1. Grenoble, 1er juin 1831. D. P. 32, 2, 54.

2. Arrêt ci-dessus et Lyon, 13 février 1874. Caen, 20 mars 1875.

3. Il s'agit d'une nomination. Les arbitres ne pourraient donc désigner le tiers arbitre par voie de tirage au sort. Aix, 2 août 1826. D. P, 27, 2, 143.

Digitized by Google

qu'il est appelé, c'est-à-dire en cas de partage, sa voix créera une majorité suffisante. Mais il ne peut en être ainsi que s'il n'y a que deux opinions ayant obtenu chacune un nombre égal de suffrages. C'est donc seulement dans cette dernière hypothèse qu'il y aura partage et qu'un tiers arbitre pourra être nommé.

Dans tous les autres cas où une majorité n'aura pu se former, le compromis prendra fin une sentence devenant impossible.

Comment doit statuer le tiers arbitre?

Observons tout d'abord que la mission des arbitres originaires est terminée : le partage y a mis fin. Ils avaient été nommés pour exprimer leur opinion : ils l'ont exprimée ; leurs pouvoirs sont expirés. S'il en est ainsi, le tiers arbitre ne peut que statuer seul.

C'est ce qu'exprime clairement l'art. 1018 pr. : « Le tiers-arbitre sera tenu de juger dans le mois... il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés qui seront sommés de se réunir à cet effet... » Le texte s'exprime, non pas comme si le tiers-arbitre entrait par l'effet de sa nomination dans la composition du tribunal arbitral : il suppose au contraire que le concours des autres ne lui est pas nécessaire et que la décision qui doit mettre fin au partage émane de lui seul. Le tiers arbitre joue un rôle distinct ; il ne se confond pas avec les

Digitized by Google

autres. On peut achever de s'en convaincre en lisant l'art. 1019, qui, pour formuler une règle commune à tous les arbitres en général, prend soin de distinguer en eux deux catégories : les arbitres proprement dits et le tiers arbitre. Si la sentence destinée à mettre fin au partage devait être rendue en commun, on ne s'expliquerait pas que l'art. 1019 fît de ce dernier l'objet d'une mention particulière. Sans doute le tiers arbitre doit conférer avec les autres ; mais il ne s'agit que d'une simple réunion destinée à le mettre au courant des débats. Ce qui le prouve, c'est que le texte introduit l'idée de la conférence dans la disposition même où il suppose une décision émanée du tiers arbitre seul (art. 1018) : « *Il* ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés... » Sans doute une conférence est nécessaire, mais il n'est question que d'une décision émanée de lui seul. Il confère avec les arbitres, mais c'est lui qui prononce.

La dernière partie de l'article fournit un argument décisif. Lorsque les arbitres refusent de se réunir le tiers arbitre prononce seul, c'est-à-dire sans avoir conféré avec eux. Comment expliquer cette disposition si le partage n'a pas mis fin aux pouvoirs des arbitres divisés, si la solution doit encore émaner de tous ?

Digitized by Google

En vertu de l'art. 1011, en effet, lorsqu'il y a plusieurs arbitres, la sentence n'est valable qu'à la condition d'être l'œuvre collective de tous. Si le tiers arbitre peut prononcer seul, c'est donc que la conférence ne devait pas constituer un tribunal arbitral et que les arbitres convoqués ne devaient pas y figurer avec voix délibérative.

Mais si le tiers arbitre statue seul il doit se conformer à l'une des opinions émises. Autrement on ne comprendrait pas que les arbitres divisés dussent rédiger leur avis dans un procès-verbal (art. 1017) (1).

Le tiers arbitre n'intervient, en effet, que pour faire cesser le désaccord. C'est des arbitres originaires que doit émaner la sentence. Car aucun nouveau compromis n'a été conclu. Mais un partage s'est produit : il n'y a pas de raison pour que l'une des solutions proposées soit adoptée de préférence à l'autre; il s'agit de rompre l'équilibre, si l'expression peut être employée. C'est dans ce but que le tiers arbitre est appelé. C'est pour que la tâche lui soit simplifiée qu'il doit statuer seul. Il est inadmissible qu'il puisse consacrer une solution nouvelle, lui qui n'a pas pris part à l'instruction, qui n'est pas l'un de ceux en qui les parties ont mis leur principale confiance, mais

1. Lyon, 1er juillet 1881. D. P. 82. 2. 16.

Digitized by Google

une personne chargée seulement de faire disparaître ce qui constitue un obstacle à la solution du procès.

Nous lisons du reste dans l'art. 1018 que s'il n'a pas conféré avec les autres il devra se conformer à l'un des avis exprimés. Comment en serait-il autrement lorsqu'il aura conféré ? La lecture du texte fournit un argument décisif : « Si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononcera seul. *Et néanmoins* il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres. » C'est-à-dire : quoiqu'il n'ait pas conféré avec les autres arbitres, il devra se rallier à l'opinion de l'un d'eux. Cela suppose qu'il aurait été soumis à la même obligation si la conférence avait eu lieu.

La jurisprudence (1) tend à restreindre l'application des règles que nous venons d'exposer au cas où les arbitres ont refusé de conférer avec le tiers arbitre. S'ils se réunissent, elle admet que le partage n'a pas mis fin à leurs pouvoirs et qu'ils ont voix délibérative dans la conférence. De même, et c'est là une conséquence logique, le tiers arbitre n'est

1. Voy. les arrêts rapportés dans Dalloz. J. G. v° arbitres, n° 849.

Ajoutez : Caen, 25 déc. 1846. D. P. 47. 4. 22. — Paris, 20 juin 1849. D. P. 51. 2. 162. — Paris, 21 avril 1855. D. P. 56. 2. 106.

Il y a cependant quelques arrêts en sens contraire : Metz, 12 mai 1819. Grenoble, 12 août 1826. D. J. G. v° arbitr. n° 703. — Grenoble, 31 juillet 1830. D. ibid. n° 848.

Digitized by Google

tenu de se rallier à l'un des avis exprimés que lorsque la conférence n'a pas lieu.

Ces distinctions ne sauraient être adoptées. Elles ont d'abord un inconvénient. Si on les accepte il pourra se faire que l'adjonction du tiers arbitre se trouve inefficace. Supposons, par exemple, deux arbitres ; un partage se produit et le tiers arbitre intervient. Les arbitres divisés se réunissent à lui. Selon la jurisprudence, il n'est pas alors tenu de se rallier à l'un d'eux. S'il émet une troisième opinion et que les deux arbitres persistent dans la leur, toute solution du litige sera impossible.

Le système que nous combattons suppose en outre un défaut d'harmonie entre les dispositions du code. Ou bien le partage a mis fin aux pouvoirs des arbitres, ou bien il les a laissé subsister. Cette dernière hypothèse est inacceptable : elle est, comme nous l'avons vu, incompatible avec l'art. 1018. Il ne reste donc qu'une solution : le partage est extinctif. Mais, s'il en est ainsi, comment admettre que les arbitres divisés puissent jamais, même lorsqu'ils se sont réunis, délibérer avec le tiers arbitre? Il faudrait supposer — ce à quoi personne ne consentirait — que la réunion de la conférence fait revivre retroactivement les pouvoirs éteints par le partage.

Quant aux arguments tirés des mots : « Il ne

Digitized by Google

pourra prononcer qu'après avoir conféré » et des suivants : « Si tous les arbitres ne se réunissent pas le tiers arbitre prononcera seul », ils ne sont nullement décisifs. Ils ne peuvent détruire la force de celui que nous appuyons sur l'idée d'une extinction de pouvoirs, et, d'autre part, il est facile de donner aux expressions qu'invoquent nos adversaires un sens très rationnel qui ne soit pas en contradiction avec notre système. Comme nous l'avons déjà vu du reste, l'art. 1018, bien qu'il y soit question d'une conférence, suppose un décision émanant du tiers arbitre seul ; quant à la disposition finale du même article, elle signifie tout simplement que si les arbitres ne se sont pas réunis malgré la sommation dont ils auront été l'objet, le tiers arbitre pourra statuer sans avoir conféré avec eux, que la sentence qu'il rendra ne sera pas nulle bien qu'elle n'ait pas été précédée d'une conférence.

Ce qui achève de ruiner le système de la jurisprudence, c'est la conclusion qui se tire de l'étude des travaux préparatoires. Le Tribunat avait demandé que l'on consacrât le distinction que nous combattons : or son vœu ne fut pas accueilli (1).

Ainsi le tiers arbitre statue seul. C'est sa décision qui constitue la sentence arbitrale. Mais elle doit

1. Locré, XXIII, nº 407, § 9.

Digitized by Google

être conforme à l'un des avis émis par l'un des arbitres. Cette condition observée, elle tranche le litige (1). Mais il n'est pas tenu d'adopter l'ensemble de l'un des avis émis : il peut se rallier à l'un des arbitres sur quelques chefs, au second sur les autres. Cette solution, rationnelle du reste, s'appuie sur les observations du Tribunat lors de la discussion du Code de commerce (2).

Pour s'éclairer il confère avec les arbitres divisés : à cet effet il les somme de se réunir. Mais si la sommation reste sans résultat, il passe outre. Toutefois s'il avait négligé de provoquer la réunion de la conférence, la décision qu'il rendrait serait nulle, sauf convention contraire. C'est ce qui résulte des mots : « il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré » (A. 1018). Puisqu'il doit consacrer l'un des avis exprimés, il faut qu'il ne néglige rien pour les connaître à fond : le meilleur moyen est de conférer avec leurs auteurs. La conférence ne cesse d'être nécessaire que lorsqu'il ne dépend pas de lui qu'elle ait lieu (3).

1. Ce système est celui d'un grand nombre d'auteurs. Boitard. *op. cit.* n° 1197, p. 689. — Carré et Chauveau. *op. cit.* quest. 3346. — Boncenne. op. cit. VI, 638. — Goubeau. II, p. 324. — Locré. Esprit, du Code de comm. p. 60. — Quelques arrêts même s'y sont ralliés. Metz 12 mai 1819. — Grenoble 12 août 1826. — Grenoble 31 juillet 1830. Dall. v° *Arbitres*, n° 848.

2. Locré. XVII, 319. Jurisprudence conforme. Voy. Dall. J. G. v° Arbitres, n° 861, 862, 863.

3. Boncenne et Bourbeau, VI, p. 641.

Digitized by Google

Le tiers arbitre a les mêmes pouvoirs que les arbitres ordinaires.

Il juge dans le mois qui suit son acceptation (A. 1018). Peu importe que le délai accordé aux arbitres divisés soit ou non expiré.

Digitized by Google

SECTION III

De la Sentence

CHAPITRE I

FORME.

L'opinion du tribunal arbitral une fois formée, la sentence est rédigée (1). Elle doit être signée de tous les arbitres. Cependant s'il y avait plus de deux arbitres et que la minorité refusât ou se trouvât dans l'impossibilité de signer (2), le jugement serait néanmoins valable à condition que les autres arbitres, après avoir signé, fissent mention de ce refus. Faute de cette mention le jugement serait nul même signé par la majorité.

Dans notre droit la sentence arbitrale n'est pas prononcée. C'est l'opinion des arbitres rédigée par écrit qni résoud le litige (3).

1. Si c'était un tiers arbitre qui avait statué, ce serait lui seul qui le rédigerait et la signerait.
2. Cass. 5 juill. 1832. D. P. 32, 1, 331.
3. Cass. 7 mai 1873. D. P. 73, 1, 244.

Digitized by Google

Les sentences arbitrales sont en principe soumises aux mêmes formes que les jugements ordinaires et doivent contenir les énonciations exigées par l'art. 141, C. pr. (art. 1019). Mais on admet avec raison que l'inobservation de cette règle ne pourrait devenir une cause de nullité que si les énonciations omises constituaient un élément nécessaire de la sentence. Il en serait ainsi surtout si les parties avaient dispensé les arbitres de suivre les formes de la procédure.

Aucune nullité ne résulterait donc de ce que la sentence ne mentionnerait pas le lieu où elle a été rendue, les qualités des parties, leurs conclusions (1).

Quant aux motifs, au dispositif, à la date, mention doit en être faite. Cependant cette règle ne doit pas être appliquée rigoureusement. Ainsi le tiers arbitre qui se range à l'un des avis exprimés n'a pas besoin ne motiver sa décision si l'avis auquel il se range a été motivé (2). Il a même été jugé, et cela en matière d'arbitrage forcé (3), que la sentence n'était pas nulle quoique motivée, et un autre arrêt (4) considère que les amiables compositeurs

1. Voyez Dalloz, J. G., v° *Arbit.*, n° 1048.
2. Rouen, 26 novembre 1829.
3. Colmar, 8 janvier 1820. Dall. J. G., v° *Arbit.*, n° 1053.
4. Bruxelles, 3 janv. 1829.

Digitized by Google

sont nécessairement dispensés d'exprimer leurs motifs.

Par application des mêmes idées, une sentence ne saurait être attaquée comme dépourvue de dispositif si l'arbitre s'était borné à dire qu'il adjugeait au demandeur ses conclusions (1). On peut même admettre que la sentence, bien que non datée, ne serait pas nulle s'il était constant que les arbitres n'avaient pas jugé après l'expiration des délais (2).

CHAPITRE II

CARACTÈRE

La sentence n'est pas un acte authentique. Les représentants de l'autorité publique peuvent seuls conférer l'authenticité aux actes qu'ils rédigent. Or les arbitres ont un caractère tout privé.

Les énonciations contenues dans la sentence ne feront pas foi jusqu'à inscription de faux (3).

1. Bordeaux, 30 déc. 1841. Dall., J. G., v° *Arbit.*, n° 1055.
2. Carré, *op. cit.*, quest. 3339.
3. Boncenne, VI, p. 652 et s.

L'opinion contraire est plus généralement admise (cf. Dall., J. G., v° arbitr., n°s 1111, 1112. Paris, 11 nov. 1845, D. P., 46, 4, 18. — Cass., 7 janv. 1857, D. P., 57, 1, 406). Mais nous ne voyons

Digitized by Google

Mais, il ne faut pas l'oublier, les arbitres agissent en vertu d'une mission confiée par les plaideurs ; ils sont en quelque sorte des mandataires. Toutes les constatations qu'ils ont faites, dans la limite de leurs pouvoirs, peuvent être considérées comme ayant obtenu l'assentiment des parties ; l'acte qui les contient, assimilé à un acte émanant de représentants, fera foi entre les parties comme s'il avait été passé par elles. Ainsi les constatations relatives à la date de la sentence, les aveux, les conclusions consignés au procès-verbal, auront la même force probante que s'ils figuraient dans un acte signé des parties (a. 1322, C. civ.) (1). Mais il n'en serait pas de même des déclarations qui se rapporteraient aux pouvoirs des arbitres, car ces derniers ne peuvent se créer de titres à eux-mêmes (2).

En ce qui concerne la forme exécutoire, la sentence, puisqu'elle n'a pas d'autre autorité que celle qu'elle emprunte à la convention, ne pourrait par elle-même s'imposer aux parties que comme une

pas sur quels motifs précis elle repose. Ses partisans l'affirment plutôt qu'ils ne la démontrent. Elle pouvait se justifier à l'égard des sentences rendues par des arbitres forcés puisqu'on reconnaissait généralement à ceux-ci un caractère public. Mais comment des arbitres volontaires seraient-ils crus jusqu'à inscription de faux puisqu'on a toujours eu soin de distinguer leur caractère de celui des arbitres forcés?

1. Boncenne et Bourbeau, *op. cit.*, p. 652 et s.
2. Orléans, 11 mai 1852. D, P., 53, 2, 260.

Digitized by Google

convention, c'est-à-dire que si l'un des compromettants refusait de la respecter, l'autre devrait l'invoquer en justice et en faire ordonner l'exécution comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. Mais la loi, dans le but de sanctionner d'une manière plus particulièrement efficace la décision arbitrale, donne aux parties un moyen de lui conférer un caractère qui permette d'en obtenir directement l'exécution, qui l'investisse elle-même de l'autorité qu'aurait un jugement ordonnant l'exécution d'une convention.

Ce moyen consiste à la faire revêtir d'une ordonnance d'*exequatur* émanée du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel les arbitres ont statué. S'il avait été compromis sur appel d'un jugement, l'ordonnance devrait être rendue par le président de la Cour (art. 1020).

La sentence est donc déposée au greffe dans les trois jours par l'un des arbitres (art. 1020) On s'accorde à considérer que ce délai n'est pas fatal et qu'après son expiration le dépôt serait encore valable. La loi décide seulement qu'avant l'expiration de trois jours les arbitres ne pourront être mis en demeure de déposer la sentence (1).

Les poursuites pour frais de dépôt et droits d'en-

1. Cf. notamment Lyon 28 juin 1882. D. P. 82-2.190. — Paris 8 mai 1885. *Gaz. des tribunaux* des 5 et 6 oct. 1885.

Digitized by Google

registrement ne peuvent être dirigées que contre les parties (art. 1020).

Ces règles s'appliquent à toute sentence, même à celle qui aurait le caractère d'un jugement préparatoire.

Le président appose son ordonnance au bas de la sentence ou en marge, sans communication au ministère public (art. 1021).

Là se borne son rôle. Pour que le but de l'arbitrage pût être atteint, il fallait que la sentence fût rendue exécutoire. Ce caractère ne pouvait lui être conféré par les arbitres qui sont de simples particuliers, mais seulement par un représentant de l'autorité judiciaire. Voilà pourquoi l'ordonnance d'*exequatur* est exigée.

Le président n'intervient que parce qu'il constitue la seule autorité compétente pour donner à la sentence arbitrale ce qui lui manque, la force exécutoire. Il ne fait que prêter son concours aux arbitres : c'est la décision de ces derniers et non la sienne qui doit trancher la litige.

La sentence ne peut donc être modifiée par lui : la règle est formellement exprimée à propos à l'arbitrage forcé (a. 61, C. co.).

Mais lui serait-il permis de refuser l'ordonnance d'exequatur? Oui, certainement, si on lui présentait un acte qui ne fût pas légalement une sentence

Digitized by Google

arbitrale. C'est seulement à une sentence qu'il doit conférer la force exécutoire et non pas à tout acte présenté sous ce nom. Si donc, dans la pièce déposée au greffe, n'apparaissaient pas les caractères légaux d'une sentence, c'est-à-dire si les formes requises ne s'y trouvaient pas observées, ou s'il s'y manifestait une irrégularité détruisant son existence même en tant que sentence, le président aurait le droit de refuser l'ordonnance d'exequatur.

Il a même le devoir d'examiner si l'acte qu'on lui présente appartient à la classe de ceux qui doivent être rendus exécutoires, par exemple s'il est signé des arbitres.

C'est ainsi, notamment, qu'il devrait refuser l'exequatur si la sentence était viciée par une nullité qui ne pourrait être couverte par la volonté des parties (1), par exemple, si les arbitres avaient statué snr une séparation de corps ou de biens. Autrement, en effet, cette nullité serait exposée à se trouver dépourvue de sanction, car les parties, en s'abstenant de l'invoquer, pourraient impunément passer outre et obtenir l'exécution d'un compromis dont il ne serait pas en leur pouvoir de couvrir la nullité.

Mais il nous paraît certain que si le compromis n'était entaché que d'une nullité susceptible d'être

1. Carré, VI, Quest. 3360. Rodière, II, p. 518.

Digitized by Google

invoquée par l'une des parties seulement, ou bien d'être couverte par une ratification, comme celle qui résulterait à l'incapacité, l'ordonnance *d'exequatur* ne saurait être refusée. Une pareille nullité ne peut être en effet opposée que par ceux en faveur desquels elle est admise, et, si le président pouvait refuser *l'exequatur*, ce serait lui qui en réalité l'opposerait.

Le refus du président donnerait ouverture à une voie de recours que nous aurons à déterminer plus loin.

CHAPITRE III.

EFFETS DE L'ORDONNANCE *d'exequatur*.

La sentence devient exécutoire comme une décision judiciaire ; son dispositif est sanctionné par les modes de contrainte légale qui assurent l'exécution des jugements ; en même temps elle emporte hypothèque (A. 2123).

La connaissance des difficultés relatives à son exécution appartient, selon la règle générale, au juge ordinaire, c'est-à-dire au tribunal dont le président a rendu l'ordonnance *d'exequatur*.

Digitized by Google

De plus, quant à la forme, elle est devenue un acte authentique. Les énonciations qu'elle contient n'acquièrent sans doute pas une force nouvelle et, pour les détruire, il ne devient pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux, mais elle se trouve comprise dans un acte authentique, l'ordonnance d'exequatur dont elle a été revêtue. Les déclarations émanées du président que contient cette dernière, les faits qu'elle suppose accomplis, et, en général, l'observation des conditions de forme nécessaire à l'existence légale de la sentence qui s'y trouve constatée, ne peuvent être attaqués que par la voie de l'inscription de faux. Par exemple, le président a-t-il constaté que la sentence était signée des arbitres : la sincérité des signatures ne pourra être déniée qu'au moyen de l'inscription de faux (1). De même pour les énonciations relatives à la date.

La décision arbitrale n'a d'effet qu'entre les parties. « Les jugements arbitraux, lisons-nous dans l'art. 1022 ne pourront en aucun cas être opposés à des tiers. » C'est en effet un principe général que les actes juridiques restent étrangers aux personnes qui n'y ont pas pris part (art. 1165 et 1351 C. civ.).

Mais que signifie au juste l'art. 1022 ? Consacre-t-il un principe général, ou bien a-t-il pour effet d'introduire une règle particulière à l'arbitrage ?

1. Boncenne, op. cit. p. 660.

Digitized by Google

Certains auteurs (1), se fondant sur ce qu'il serait inutile s'il se bornait à reproduire la règle contenue dans les art. 1165 et 1351 C. civ. ont soutenu qu'il avait pour objet d'exclure la tierce-opposition en matière d'arbitrage.

Nous ne pouvons adopter ce système. Les termes de l'art. 1022 ne peuvent, selon nous, lui servir de base. L'idée qui s'y trouve consacrée n'est autre que celle qui s'applique aux jugements ordinaires. Or, ces derniers, quoi qu'ils ne puissent pas être opposés aux tiers, ne laissent pas de pouvoir être attaqués par la tierce-opposition. Bien plus, cette voie de recours, loin d'être exclue par le caractère relatif des décisions judiciaires, en est dans certains cas la seule sanction.

Ces cas sont en général ceux où une personne voudrait, non-seulement décliner en ce qui la touche l'application d'un jugement dans lequel elle n'a pas figuré, mais encore prétendrait empêcher ce jugement de s'exécuter, même entre les parties, comme lui portant préjudice (2). Alors, en effet, le tiers n'a pas l'occasion d'opposer la règle « res inter alios judicata aliis non nocet », puisqu'il n'est pas attaqué.

Ce caractère nécessaire dans certaines hypothèses

1. Rodière, II, p. 523. — Carré, Quest. 3367. — Colmet-Daage sur Boitard, II, n° 1206. Goubeau, I, p. 456.

2. Cf. Boitard, *op. cit.*, II, n°s 719, 720, 1205 et notes de M. Glasson.

Digitized by Google

du recours à la tierce-opposition confirme notre interprétation de l'art. 1022. Nous croyons que dans ces mêmes hypothèses il est inadmissible que les effets de la sentence arbitrale ne puissent être repoussés par la voie de la tierce-opposition. Autrement les tiers seraient désarmés. Nous ne concevons pas, en effet, s'il leur est impossible dans tel cas d'éviter les effets de l'exécution d'un jugement sans recourir à la tierce-opposition, comment ils pourraient, dans ce même cas, éviter ceux d'une sentence arbitrale par une autre voie. D'autre part, ils ne sauraient être privés du seul mode de recours qui puisse être efficace, car la sentence arbitrale ne doit pas pouvoir nuire plus qu'un jugement ordinaire à ceux qui lui sont restés étrangers.

Si donc, non seulement nous ne trouvons rien dans les termes de l'art. 1022 qui prohibe la tierce-opposition, mais encore nous avons lieu de croire que cette prohibition serait impossible, la règle « les jugements arbitraux ne peuvent, en aucun cas, être opposés aux tiers » n'est, à nos yeux, que la reproduction de l'art. 1351, C. civ.

Nos adversaires nous opposent un argument subsidiaire. La tierce-opposition ne peut être ouverte, disent-ils, parce qu'elle devrait être portée devant les juges qui ont rendu la décision attaquée, dans l'espèce, les arbitres. Or le tribunal arbitral n'existe

Digitized by Google

plus ; ses pouvoirs sont expirés. Nous répondons que la requête civile doit également être portée devant les juges qui ont rendu la décision attaquée. Cependant nous savons qu'une sentence arbitrale peut donner ouverture à la requête civile. Tout ce qu'il est permis de conclure de cette impossibilité qu'invoquent nos adversaires, c'est que la tierce-opposition ne devra pas être formée devant les arbitres eux-mêmes, mais bien devant le tribunal auquel a été substitué le tribunal arbitral (1).

CHAPITRE IV

VOIES DE RECOURS

La sentence, bien qu'elle emprunte sa force à la convention, s'impose aux parties comme la décision d'une autorité à laquelle on est tenu d'obéir. Aussi n'est-elle pas définitive. Plusieurs voies de recours sont ouvertes. L'une d'elles est l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* (2).

Opposition à l'ordonnance d'exequatur.

A vrai dire, ce moyen de paralyser les effets de la

1. Boitard, *op. cit.*, p. 695.
2. Nous ne nous attarderons pas à faire observer que cette opposition n'a rien de commun avec celle dont peuvent être frappés les jugements par défaut.

Digitized by Google

sentence n'est pas un recours dirigé contre cette dernière ; il tend moins à faire annuler la décision des arbitres qu'à nier l'existence légale d'une sentence ; c'est l'ordonnance d'*exequatur* qu'il est destiné à atteindre comme ayant sanctionné un acte qui ne devait pas en être revêtu, de manière à ce que la décision arbitrale cesse désormais d'être exécutoire ou ne puisse pas devenir telle.

C'est ce que l'on constate à la lecture de l'art. 1028 qui formule les causes d'ouverture de l'opposition. Celle-ci est ouverte : « 1° si le jugement a été rendu sans compromis ou hors des termes du compromis ; 2° s'il l'a été sur compromis nul ou expiré ; 3° s'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres ; 4° s'il l'a été par un tiers sans en avoir conféré avec les arbitres partagés ; 5° enfin s'il a été prononcé sur choses non demandées ».

Dans toutes ces hypothèses, le vice de la sentence dérive du défaut de pouvoirs ou de compétence des arbitres ; il affecte le caractère légal de la décision rendue.

Le droit de s'opposer à l'ordonnance, précisément en raison du vice qu'il suppose, cesserait de pouvoir être exercé non seulement par la partie qui aurait acquiescé à la sentence, mais encore par celle qui se serait déjà pourvue sous une autre forme, celle de

Digitized by Google

l'appel par exemple. Les autres voies de recours, en effet, supposent la légalité de la sentence : on ne peut les adopter sans reconnaître implicitement la validité de la décision arbitrale.

L'art. 1028 doit être interprété restrictivement ; il ouvre en effet une voie de recours exceptionnelle. L'ordonnance d'*exequatur* ne saurait donc être admise en dehors des cas expressément spécifiés (1).

Mais elle est exclusive des autres voies de recours (2).

L'opposition est portée devant le tribunal tout entier, dont le président a rendu l'ordonnance : peu importe que la sentence ait ou non été déjà rendue exécutoire. Elle équivaut ainsi à une action en nullité ordinaire exercée contre un acte, tantôt pour prévenir ses effets, tantôt pour les paralyser au moment où ils vont se produire. Comme telle, les règles relatives aux instances judiciaires lui seront applicables.

Notamment elle serait ouverte pendant trente ans comme toute action ordinaire. La loi, en effet, n'en restreint l'exercice dans aucun délai spécial. C'est donc le droit commun qui doit être appliqué.

1. Goubeau, I. p. 471. — Chauveau sur Carré, quest. 3386 *bis*. — Rodière, II, p. 523. — Dalloz, J. G. V° *Arbitr.* n°s 1312. 1313. — Aix, 17 nov. 1870.

2. Nîmes, 9 novembre 1849. D. P. 52. 2. 180. — Lyon, 1er juil. 1881. S. 84. 2. 46.

Digitized by Google

Les parties ne pourraient d'avance renoncer à se pourvoir en nullité contre la sentence arbitrale (1). L'efficacité d'une pareille convention serait incompatible avec le compromis même. Elle donnerait aux arbitres la faculté de violer impunément les règles qui leur auraient été imposées, de franchir les bornes de leur mission, de statuer notamment sur des questions qui ne leur auraient pas été soumises, bref de ne tenir aucun compte de la volonté des parties sur laquelle cependant se fonde uniquement leur autorité. La clause qui consacrerait de pareilles conséquences devrait être regardée comme dépourvue de sens et annulée par les dispositions du compromis qui déterminent les pouvoirs et la compétence des arbitres. Il est de règle qu'une clause générale ne peut prévaloir contre des clauses spéciales incompatibles avec elle.

Une fois la sentence rendue, la renonciation serait valable : elle constituerait une ratification qui ferait disparaître le vice susceptible de donner ouverture à l'opposition.

Si le président refusait l'ordonnance d'*exequatur*, sa décision pourrait être l'objet d'un recours. Mais dans quelle forme ? On a soutenu qu'il fallait pren-

1. Cf. Les nombreux auteurs et arrêts cités en ce sens dans le *Dictionn. de procédure* de Rousseau et Laisney, v° *Arbitrage*, n° 515.

Digitized by Google

dre la voie de l'appel (1), comme lorsqu'il s'agit d'attaquer une ordonnance de référé. Mais s'il en était ainsi, le mode de recours serait déterminé par le sens dans lequel le président aurait décidé : si l'ordonnance avait été rendue, ce serait à l'opposition, dans l'hypothèse contraire, ce serait à l'appel qu'il faudrait recourir. Une telle conséquence est choquante.

On peut du reste observer que le refus de rendre la sentence exécutoire est une décision qui n'a pas une autre nature que l'ordonnance même (2) : elle doit donc être soumise à des règles identiques. Si d'ailleurs c'était la voie de l'appel qu'il fallait prendre, il s'ensuivrait qu'aucun recours ne serait possible lorsqu'il aurait été compromis sur appel. Dans ce cas, en effet, le refus émanerait du président de la Cour. Or il n'existerait aucune juridiction supérieure devant laquelle l'appel pût être porté (3).

Il vaut donc mieux décider que c'est par la voie de l'opposition que le refus du président devra être attaqué (4).

1. Goubeau, I, p. 403. — Carré, *op. cit.*, quest. 3361. — Rennes, 13 mai 1813. — Paris, 31 déc. 1825 et 14 mai 1829. D. J. G. v° *Arbitr.* n° 1189.

2. Douai, 15 mars 1833. D. P., 39, 2, 232.

3. Ce dernier argument nous paraît décisif : nous ne voyons pas comment nos adversaires peuvent y répondre.

4. Boncenne, *op. cit.*, p. 706. — Rodière, II, p. 519.

Digitized by Google

Si la sentence avait été rendue exécutoire par un président incompétent, ce serait devant le tribunal auquel celui-ci appartient qu'il faudrait se pourvoir. Sur ce point l'accord existe (1).

Appel.

Contrairement à la règle suivie en droit romain l'appel est ouvert. Il est même recevable dans tous les cas, contre toutes les sentences arbitrales : peu importe que le litige eût été jugé en premier et dernier ressort s'il avait été porté devant les tribunaux. Cette règle, conforme du reste aux traditions de notre droit (2), résulte clairement de l'art. 1023; « L'appel des jugements arbitraux sera porté, savoir : devant les tribunaux de première instance, pour les matières qui, s'il n'y eût point eu d'arbitrage, eussent été, soit en premier soit en dernier ressort, de la compétence des juges de paix; et devant les cours royales pour les affaires qui eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des tribunaux de première instance. »

Cet article expose en même temps, de la façon la plus nette, quelle sera, suivant l'importance de l'affaire, la juridiction compétente pour connaître de l'appel.

1. Poitiers, 9 mars 1830. Bourges, 20 mars 1830. Orléans, 27 mars 1844. Dall., J. G.. v° arbitr., n° 1190.

2. Cependant il faut observer qu'autrefois il n'était pas permis de renoncer à l'appel.

Digitized by Google

Si toutefois il avait été compromis sur appel ou sur requête civile, la sentence arbitrale serait rendue en dernier ressort : c'est un principe qu'il ne peut y avoir plus de deux degrés de juridiction (a. 1010).

La loi ne détermine pas les délais dans lesquels l'appel devra être interjeté. Cela suppose qu'il y a lieu de s'en référer aux règles du droit commun. Les parties devront donc saisir la juridiction supérieure dans les deux mois ou le mois qui suivront la signification de la sentence selon que l'affaire eût été de la compétence du tribunal d'arrondissement ou de celle du juge de paix (a. 443 pr. et loi du 25 mai 1838, a. 13).

Il est permis de renoncer à l'appel (a. 1010) soit d'avance, par exemple au moment où le compromis est conclu, soit après que la sentence a été rendue. La renonciation pourrait être tacite. Elle résulterait notamment de la clause conférant aux arbitres les pouvoirs d'amiables compositeurs. Il y aurait en effet incompatibilité entre la concession de semblables pouvoirs et la réserve du droit d'appel.

La réciproque est vraie : la renonciation à l'appel confère aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs. Elle a pour conséquence de rendre impossible tout recours contre leurs décisions et de leur laisser de la sorte, du moins en fait, la liberté la

Digitized by Google

plus absolue. On ne concevrait pas que les parties eussent entendu maintenir à l'égard des arbitres l'obligation d'observer les règles du droit en se dépouillant de tout moyen de la sanctionner et d'en contrôler l'exécution.

Dans la pratique, les parties renoncent presque toujours à l'appel (1).

Opposition.

« Un jugement arbitral ne sera dans aucun cas sujet à l'opposition » lisons-nous dans l'art. 1016. Toute sentence est donc considérée comme contradictoire. Les parties, en compromettant, avaient accepté le débat, se déclaraient prêtes à le soutenir. Si l'une d'elle a fait défaut, c'est par négligence ou

1. Cette coutume nous semble rationnelle. L'un des principaux mérites de la juridiction arbitrale, la promptitude, disparaît lorsque l'appel est ouvert. Puis, si la sentence peut être réformée par l'autorité judiciaire, on n'a plus guère d'intérêt à nommer des arbitres puisque ce n'est pas leur solution qui tranche définitivement le litige. La disposition qui consacre le droit d'appel est donc une de ces règles qui ne peuvent être raisonnablement maintenues que s'il est permis d'y déroger.

L'appel est d'autant plus difficile à justifier que l'autorité de la sentence ressemble plus à celle d'une convention qu'à celle d'un jugement. Or on ne peut appeler d'une convention.

Aussi ne nous expliquons-nous pas que la loi ait introduit l'appel en matière d'arbitrage. Cette introduction se fonde plutôt sur une certaine défiance, traditionnelle en notre pays, contre tout ce qui n'est pas contrôlé par l'autorité officielle, que sur la logique et le véritable intérêt des compromettants.

Digitized by Google

mauvais vouloir. Le motif sur lequel se fonde la recevabilité de l'opposition contre un jugement ordinaire ne saurait donc être invoqué.

Requête civile.

La requête civile est ouverte. Mais elle présente certains caractères particuliers. Selon le droit commun elle est destinée à obtenir la rétractation d'un jugement des juges mêmes qui ont statué. En matière d'arbitrage, il est impossible de demander aux arbitres la rétractation de leur sentence puisque leurs pouvoirs sont expirés. Il faut donc saisir un autre tribunal et c'est, comme l'observation en a judicieusement été faite, un recours que l'on exerce plutôt qu'une demande en rétractation.

La requête civile n'est recevable que contre les jugements rendus en dernier ressort (art. 480 pr.). Or les sentences arbitrales ne sont en dernier ressort, comme nous l'avons vu, que lorsqu'elles sont rendues sur appel. C'est donc seulement dans cette hypothèse qu'elles pourront être attaquées par voie de requête civile.

Les règles du droit commun sont applicables en principe (art 1026). Ainsi les moyens d'ouverture sont ceux qu'énumère l'art 480.

Toutefois, il y a des cas où la requête civile ne sera pas admise contre une sentence arbitrale, bien qu'elle

Digitized by Google

l'eût été contre un jugement ordinaire. Ce sont, d'abord ceux où il aura été prononcé sur choses non demandées. Alors en effet la sentence est nulle et la voie de recours ouverte est l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* (art. 1027, 2°). Ce sont encore ceux où les formes n'auront pas été observées, (art. 1027, 1°). Mais ici se présente une difficulté. La rédaction de l'art. 1027 est en effet obscure. La voici : « Ne pourront cependant être proposés pour ouverture : 1° l'inobservation de formes ordinaires *si les parties n'en étaient autrement convenues*, ainsi qu'il est dit en l'art 1009... » Faut-il entendre que la requête civile n'est pas ouverte pour inobservation des formes lorsque les parties, en vertu de l'art. 1009, ont renoncé à ce que les formes ordinaires fussent observées (1) ? Ou bien, au contraire, que, même s'il n'a pas été convenu que les formes pourraient ne pas être observées, l'inobservation ne donnera pas ouverture à la requête civile mais seulement à l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* ? (2) Il est incontestable que cette dernière interprétation seule donne un sens vraiment sérieux à la disposition de l'art. 1027 dont nous nous occupons. Mais elle suppose qu'il faut considérer l'exrpession « si les parties n'en étaient

1. Boucenne et Bourbeau, op. cit. VI. p. 730. Chauveau sur Carré. quest. 3371.
2. Boitard, op. cit. II. n° 1208.

Digitized by Google

autrement convenues » comme équivalente à celle-ci : « même lorsque les parties n'auront pas dispensé les arbitres d'observer les formes », assimilation éviemment téméraire; et d'ailleurs elle ne semble pas confirmée par l'art. 1028 qui, dans l'énumération des causes d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, ne mentionne pas l'inobservation des formes. De plus, et surtout, l'historique de la rédaction de l'article montre clairement que sous cette forme obscure et peu correcte, l'intention du législateur a été de consacrer à nouveau et de sanctionner la faculté de dispenser les arbitres de respecter les formes ordinaires. La première rédaction portait (1) : « ne peut être proposée l'inobservation des formes ordinaires si les parties étaient convenues d'une forme particulière. » On trouva que ces dernières expressions n'étaient pas assez générales, parce qu'elles supposaient l'indication d'une forme particulière substituée par le compromis aux formes ordinaires; la modification du texte n'eut pas d'autre but que d'appliquer la même prohibition de se pourvoir par requête civile au cas où les arbitres, étant dispensés de formes ordinaires, les parties ne leur auraient pas imposé de formes spéciales. Mais le droit de se pourvoir par requête civile reste entier lors-

1. Voy. Locré, XXIII, p. 412, n° 13. — Boncenne, VI, p. 731.

Digitized by Google

que les arbitres, sans y être autorisés, ont négligé les formes prescrites.

La requête civile doit être portée devant le tribunal qui eût été compétent pour connaître de l'appel (art. 1026). La requête civile doit donc être portée devant le tribunal d'arrondissement, si l'affaire, par sa nature ou par le montant de l'intérêt engagé, rentrait, selon le droit commun, dans la compétence du juge de paix, à la Cour d'appel si l'affaire était la compétence du tribunal d'arrondissement.

Pourvoi en cassation.

Une sentence arbitrale ne peut être directement l'objet d'un pourvoi (art. 1028). Le pourvoi n'est admis que s'il y a eu appel du jugement arbitral ou requête civile et contre la décision rendue sur appel ou sur requête civile. L'art. 1028 est très clair. Si on l'interprète rigoureusement, la règle qu'il formule s'appliquera lors même que la sentence serait en dernier ressort parce qu'elle aurait été rendue sur appel.

Digitized by Google

CONCLUSION.

L'étude que nous terminons ici nous a fait voir comment, dans deux sociétés différentes, à de longs siècles d'intervalle, a été réglé l'exercice de la faculté, fondée sur la liberté des conventions, qu'ont les plaideurs de confier à une tierce personne la solution d'un débat litigieux.

Les jurisconsultes romains, selon la méthode qui leur est restée propre, se sont bornés à déduire logiquement les conséquences de cette idée que l'arbitrage repose sur une convention. Toute la matière a été soumise aux règles des conventions, sauf quelques dérogations imposées par le bon sens et l'équité. Nous faisons allusion à l'incapacité d'être arbitres dont étaient frappées certaines personnes, et à l'admission de certaines causes d'excuse.

Ce système avait le mérite d'être simple, et, s'il ne donnait place qu'à des moyens de sanction insuffisants, nous avons vu qu'il dépendait des plaideurs d'atténuer ou même de faire disparaître le principal inconvénient de son application.

Le droit français, plus préoccupé du but que du

Digitized by Google

point de départ, et préférant une sanction légale et directe à celle dont les plaideurs auraient pu munir leur convention par des moyens détournés, a donné à l'arbitrage la même issue qu'au jugement.

La solution, si avantageuse qu'elle soit à certains égards, ne laisse pas de faire naître des difficultés assez nombreuses. Si, en effet, les arbitres jouent le rôle de juges, on ne peut oublier qu'ils puisent leurs pouvoirs dans la volonté des parties. Si d'autre part la sentence est, dans une certaine mesure, assimilée à un jugement, il est impossible de ne pas tenir compte du fondement de son autorité qui se trouve dans une convention privée.

La mission des arbitres est ainsi revêtue d'un caractère mixte en quelque sorte, à la fois contractuel et judiciaire, dont il est malaisé de combiner les éléments.

Là est, croyons-nous, la source de toutes les difficultés que nous avons rencontrées au cours de cette étude.

Pour résoudre ces difficultés, nous avons toujours considéré que, si la sentence a pour but l'extinction d'un litige, elle emprunte toute sa force à la volonté des parties. Nous avons supposé que cette idée avait inspiré le législateur parce qu'elle nous semble, non-seulement la plus rationnelle et la plus juridique, mais encore la plus conforme au but des parties.

Digitized by Google

Quoi qu'on puisse dire, en effet, il sera toujours certain que c'est seulement des plaideurs que l'arbitre tiendra ses pouvoirs et que sa décision n'aura d'autorité que parce que les parties se seront d'avance, au moins implicitement, engagées à la respecter. D'autre part, si le compromis n'a pour effet que de substituer un juge élu par les plaideurs au juge officiel, les avantages de la juridiction arbitrale se trouvent bien restreints.

L'arbitrage, tel que nous le concevons, se ramène à ces idées très simples : les plaideurs s'engagent à respecter la décision d'un tiers, et la loi, pour sanctionner leur convention d'une manière efficace, leur donne le moyen de rendre cette décision exécutoire comme un jugement. La sentence arbitrale forme une sorte d'obligation contractuelle dont l'exécution forcée peut, moyennant l'observation de certaines formalités, s'obtenir directement sans avoir été ordonnée par la juridiction contentieuse.

La logique rigoureuse du système romain s'allie de la sorte à la simplicité du mode de sanction qui constitue l'un des progrès que le droit moderne ait réalisés.

Digitized by Google

Digitized by Google

POSITIONS

Droit romain.

— La convention d'arbitrage lorsqu'elle ne constitue pas un compromis « plenum » n'est pas dénuée de toute efficacité. (V. p. 17).

— Il n'est pas nécessaire de pouvoir être juge pour pouvoir être arbitre. (V. p. 45).

— On peut être arbitre à partir de l'âge de la puberté. (V. p. 53).

— A partir de la fin du troisième siècle de J.-C., les mineurs de vingt-cinq ans pourvus d'un curateur sont devenus incapables de rendre seuls leur condition pire.

— Lorsqu'une donation entre vifs a été faite sous la condition qu'elle s'imputerait sur la quarte légitime, l'imputation doit avoir lieu.

— La constitution d'Ant. Caracalla n'a pas supprimé le *jus patrum*.

— Le simple pacte donne naissance à une obligation naturelle.

Digitized by Google

Droit français.

Droit civil.

— La femme séparée de biens ne peut compromettre sur son mobilier qu'avec l'autorisation de son mari. (V. p. 111).

— Il n'y a pas d'assimilation à établir, quant aux conditions de capacité, entre l'arbitre et le juge. (V. p. 129).

— La clause compromissoire constitue une promesse de compromettre qui n'est prohibée par aucune disposition de la loi. (V. p. 145).

— Le tiers arbitre décide seul; mais il doit se conformer à l'un des avis exprimés. (V. p. 192).

— Les contrats passés par le mineur en tutelle, s'ils ne sont pas nuls en la forme, ne peuvent être rescindés que pour cause de lésion.

— Les donations de servitude, d'usage ou d'habitation sont soumises à la transcription en vertu de la loi du 23 mars 1855.

— L'art. 901 C. civ. introduit, à l'égard des donations et des testaments, une dérogation à l'art. 504 C. civ.

— La cession ou la réserve à perpétuité du droit de chasse constitue dans tous les cas une servitude personnelle prohibée par l'art. 686. C. civ.

Droit criminel.

— Le contumax n'est pas en état d'interdiction légale.

Digitized by Google

— L'excuse légale résultant de la provocation doit profiter au complice quand elle a été admise en faveur de l'auteur principal.

— Le propriétaire qui, après avoir cédé son droit de chasse, vient néanmoins chasser sur ses terres, ne commet pas un délit prévu et puni par la loi du 3 mai 1844.

Droit constitutionnel.

— Les chambres peuvent en déclarant, conformément à l'art. 8 de la loi dès 25-28 février 1875, qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles, restreindre l'étendue de la révision à certains points déterminés.

— Bien que le Sénat ne puisse être saisi le premier des lois de finances, il n'en peut pas moins, lors de la discussion du budget, rétablir un crédit supprimé par la Chambre des Députés.

Vu par le Président de la Thèse :
J.-E. LABBÉ.

Vu par le Doyen de la Faculté :
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉLIMINAIRES 1

1re Partie. — L'Arbitrage en droit romain.

SECTION I. — Description de l'arbitrage 5
SECTION II. — Du Compromis.
Ch. 1. — Capacité de compromettre. 35
Ch. 2. — Objet du compromis. 41
Ch. 3. — Capacité d'être arbitre 45
Ch. 4. — Extinction du compromis. 59
SECTION III. — De la sentence.
Ch. 1. — Instance arbitrale 61
Ch. 2. — Conditions de validité de la sentence. 65
Ch. 3. — Caractère de la sentence; ses effets. . 74
Ch. 4. — Exécution. 80

2e Partie. — L'Arbitrage en droit français.

INTRODUCTION HISTORIQUE 93
SECTION I. — Du compromis.
Ch. 1. — Des parties. 102
Ch. 2. — Objet du compromis. 113
Ch. 3. — Du caractère des nullités qui se rapportent aux parties et à l'objet 122
Ch. 4. — Des arbitres. 129

Digitized by Google

Ch. 5. — De la clause compromissoire 145
Ch. 6. — Formes du compromis 159
Ch. 7. — Effets du compromis. 166
Ch. 8. — Dissolution du compromis 167
SECTION II. — De l'instance arbitrale.
Ch. 1. — Compétence des arbitres 170
Ch. 2. — Procédure 179
Ch. 3. — Délibération. Partage. Tiers arbitre. 189
SECTION III. — De la sentence.
Ch. 1. — Forme 200
Ch. 2. — Caractère. 202
Ch. 3. — Effets de l'ordonnance *d'exequatur*. . 207
Ch. 4. — Voies de recours. 211
CONCLUSION 223
POSITIONS 226

Laval. — Imp. et stér. E. JAMIN, 41, rue de la Paix.

EX GAL.
12/29/25

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

180
6

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

LA BONORUM POSSESSIO

CONTRA TABULAS

DROIT FRANÇAIS

DE

LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis DUFRÊNE

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Editeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1886

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Digitized by Google

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

LA BONORUM POSSESSIO

CONTRA TABULAS

DROIT FRANÇAIS

DE

LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera presenté et soutenu le Jeudi, 15 Avril 1886, à trois heures et demie

PAR

Louis DUFRÊNE

PRÉSIDENT : M. LEFEBVRE

SUFFRAGANTS { MM. ALGLAVE, LYON-CAEN } PROFESSEURS
MICHEL, LÉON — AGRÉGÉ

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Editeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22
1886

Digitized by Google

JUN 27 1921

Digitized by Google

DROIT ROMAIN.

DE

LA BONORUM POSSESSIO

CONTRA TABULAS.

INTRODUCTION.

La *Bonorum possessio* peut être définie une succession prétorienne à l'ensemble des biens du défunt, succession qu'il ne faut pas confondre avec l'*hereditas* ou succession civile. L'hérédité était la seule manière de succéder qui fût reconnue par le droit civil, c'était l'institution originelle, romaine par excellence et ne dépendant que de la loi. Mais comment expliquer la coexistence de ces deux systèmes successoraux? Quelle fut la cause qui fit à côté d'une succession, œuvre de la loi, créer une succession réglementée par un magistrat? La voici sans doute : Gaius, IV, § 16, nous apprend qu'à l'époque des *legis actiones* le rôle du magistrat consistait, au début de toute action réelle, à fixer le rôle des parties et à désigner celui des plaideurs qui provisoirement serait envoyé en possession de la chose litigieuse, réservant ainsi à la partie adverse le rôle de demandeur dans le procès qui allait s'engager *in judicio* sur le fond même de la chose. L'on sait tout l'intérêt qu'on avait à être défendeur puisque

Digitized by Google

c'était au demandeur qu'incombait la charge de la preuve de son droit. Or, qu'est-ce qu'une pétition d'hérédité, sinon à bien des points de vue, une revendication. Lorsque deux personnes se disputaient une succession qui venait de s'ouvrir, chacune prétendant y être appelée, elles se présentaient devant le magistrat, et là, après avoir l'une et l'autre revendiqué l'hérédité et s'être provoqué au *sacramentum*, le magistrat déterminait celui des plaideurs qui aurait la possession provisoire de la chose litigieuse. Cette mise en possession accordée à l'un des plaideurs serait l'origine de la *bonorum possessio*.

Celui qui était envoyé en possession était pendant le cours du procès présumé héritier, et comme il fallait que son adversaire fît tomber cette présomption en fournissant la preuve que c'était à lui réclamant qu'appartenait cette qualité, preuve pouvant présenter de sérieuses difficultés, il devait arriver souvent que le procès fût arrêté par la simple désignation des rôles que les parties auraient à remplir. Il n'y a guère de doute qu'à l'origine le préteur dut dans ces pétitions d'hérédité accorder la possession à ceux qui étaient appelés par le droit civil.

Cette mise en possession n'était que la mesure exécutoire de la loi d'hérédité; c'était le fait venant exécuter le droit. Le préteur, dans le principe, dut donner exclusivement la possession de biens à ceux qui étaient héritiers par la loi (Gaius, C. III, § 34), elle ne servit à sa naissance qu'à confirmer le droit civil, mais comme, ainsi que nous venons de le dire, le rôle de défendeur entraînait le plus souvent avec lui gain de cause, le préteur devint plus osé et dans les cas où il n'y avait pas d'héritiers *jure civili,* il prit l'habitude de suppléer au droit civil. A côté des principes anciens, ses édits successifs introduisirent

Digitized by Google

des principes nouveaux rapprochés de l'équité et des lois naturelles : c'est ainsi que furent appelées à la succession certaines personnes qui, à cause de leurs rapports avec le *de cujus,* pouvaient prétendre à son hérédité, bien qu'elles ne le fussent point par le droit civil. Ainsi peut s'expliquer l'établissement de la *bonorum possessio unde cognati, unde vir et uxor.* Mais en accordant la *bonorum possessio* à des personnes que le droit civil n'appelait pas, en suppléant au droit, il est bien évident que le préteur venait de créer un ordre successoral prétorien à côté de l'ordre successoral du droit civil et dont les conditions d'ouverture et de formes étaient réglées par l'édit.

De plus, il faut remarquer qu'en complétant ainsi le droit civil le préteur empêchait d'une part la vacance des successions, et de l'autre prévenait l'iniquité des usucapions *pro herede,* et épargnait à la mémoire du défunt insolvable la honte d'une *bonorum venditio* qui, avant l'établissement de cette institution nouvelle, n'était souvent que la seule ressource de ses créanciers.

Si l'on examine la situation que le préteur avait faite au successeur qu'il venait de créer, les avantages que lui procurait l'interdit *quorum bonorum,* établi en sa faveur, on ne s'étonnera pas que souvent des héritiers légitimes, lorsque des tiers leur contestaient leur qualité, demandassent la *bonorum possessio,* car il n'avait pour l'emporter qu'à se référer à la possession des biens du défunt, qui leur avait été accordée, tandis qu'en intentant la pétition d'hérédité, ils étaient obligés de prouver la réalité de leur titre, ce qui, on le sait déjà, ne laissait point parfois de présenter de sérieuses difficultés.

Après n'avoir fait que confirmer le droit civil (Gaius, C. III, § 34), après l'avoir complété en créant timidement

Digitized by Google

d'abord de nouvelles classes de successeurs, le préteur osa bientôt le corriger. Sous Auguste fut organisée la *bonorum possessio contra tabulas*. L'on peut voir alors le préteur écarter des héritiers qu'appelait le droit civil et leur préférer des personnes que ce même droit écartait. Un homme meurt-il laissant un agnat et un enfant émancipé, bien que le droit civil réservât à l'agnat toute la succession, le préteur écartait l'agnat, héritier légitime, pour appeler le fils émancipé que le droit civil écartait de la succession de son père.

En vain dans les *Institutes*, l. 3, tit. 9 pr., Justinien nous montre le préteur imaginant la *bonorum possessio* dans le but primitif de corriger le droit civil. Les Romains avaient trop de respect pour leur ancien droit pour que nous puissions croire qu'un magistrat, qui en était le gardien, eût sans aucun préambule, osé engager une lutte aussi audacieuse et rayer d'un seul coup les principes des vieilles traditions qu'il était chargé d'appliquer. Il est bien plus probable, au contraire, que très respectueux dans ses modifications, ce ne fut qu'après avoir confirmé le droit civil qu'il osa le compléter d'abord et ensuite en corriger les rigueurs.

Ainsi donc qu'il vient d'être dit, la *bonorum possessio* a dû avoir son origine dans la réclamation d'hérédité qui amenait les plaideurs devant le magistrat. Cicéron dans ses *Verrines* nous donne du moins un témoignage en faveur de ce système. Un certain Minucius, nous dit-il, étant mort sans descendants ni agnats, la *bonorum possessio*, d'après la jurisprudence des préteurs, devait être déférée à ses *gentiles*. Mais il advint qu'un étranger qui s'était emparé de l'hérédité, avait su capter Vérès, alors préteur, et décider ce magistrat à l'envoyer en possession

Digitized by Google

de l'hérédité. Cependant comme il n'existait pas de testament, il était bien évident que c'était à la gens Minucia que devait être donnée cette possession. Cicéron, dans son discours pour montrer la variante que Verrès fit subir à l'édit pour les besoins d'une cause qu'il protégeait, nous en rapporte la formule, formule qui nous montre qu'en vertu d'une règle invariable aussi ancienne que l'institution, la *bonorum possessio* était accordée d'abord à l'institué qui produisait un testament régulier dans la forme, et qu'à défaut de testament, on préférait le plus proche héritier *ab intestat,* et non pas celui qui se prétendait simplement héritier comme voulait l'inaugurer Verrès. Toujours, d'après Cicéron, si dans la succession Minucius un étranger se prétendait héritier sans appuyer d'un testament les prétentions qu'il formulait, les *gentiles* devaient être envoyés en possession. Restait seulement à cet étranger la ressource de réclamer l'hérédité soit par la procédure des *legislationes* ou la *sponsio.* Sans doute il pouvait triompher, mais c'était à lui de faire la preuve de son droit.

Le préteur prévoyait donc simplement la marche qui devait être suivie dans l'attribution des rôles de demandeur et de défendeur à la pétition d'hérédité, réservant le rôle le plus facile à soutenir celui qui lui semblait le véritable ayant-droit, mais ne réglant qu'une affaire de formes, il laissait intactes la question de droit et les prétentions de celui qui se voyait refuser la *bonorum possessio.*

Quant à l'origine de la *bonorum possessio contra tabulas,* qui va faire l'objet de ce travail, il est bien certain qu'elle fut d'abord créée pour corriger une iniquité du droit civil. Elle fut donnée, en effet, aux enfants que l'é-

Digitized by Google

mancipation, agissant comme *minimâ capitis deminutio*, avait retranchés de la famille civile de leur *paterfamilias* et qui avaient été passés sous silence dans le testament paternel. Si la loi tolérait cette omission, la nature réclamait l'égalité entre les enfants restés en puissance et ceux qui n'étaient sortis de la famille que par la fiction légale de la *capitis deminutio*. Le préteur ne tarda pas à admettre au bénéfice de cette *bonorum possessio* les héritiers siens eux-mêmes, que leur *paterfamilias* n'avait ni institués ni exhédérés, malgré les défenses du droit civil. Dans cette seconde application, notre *bonorum possessio* nous apparaît donc sous la forme d'une *bonorum possessio* créée pour confirmer le croit civil. Mais dans l'un et l'autre cas, elle se présente à nous comme la sanction de l'obligation d'instituer ou d'exhédérer ceux que, *jure prætorio* et *jure civili*, il était défendu d'omettre dans le testament. En conséquence, si nous voulons avoir une idée complète de la *bonorum possessio contra tabulas*, il devient nécessaire de diviser notre sujet en deux parties : la première consacrée à l'obligation d'instituer ou d'exhéréder les enfants, et la deuxième à la sanction de cette obligation.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

DES CAUSES DE *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS*

OU

DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS.

Pour se rendre un compte exact de l'œuvre du préteur et voir à quels besoins répondait l'institution qu'il créa, il faut successivement passer en revue la législation des Douze-Tables, les modifications que le droit civil lui fit subir, et les lacunes par lui laissées, lacunes qui furent comblées par le préteur d'abord, par Justinien ensuite. Nous allons développer cet exposé historique dans trois chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

LOI DES XII TABLES.

La loi des XII Tables avait pour caractère principal de laisser à chacun la plus grande liberté dans la réglementation de son hérédité : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto,* et tant était grand respect que l'on professait pour les dernières volontés exprimées par le testateur, qu'un père pouvait non seulement exhéréder ses enfants en manifestant solennellement sa volonté, mais

Digitized by Google

encore en les omettant dans un testament où il instituait un étranger qu'il leur préférait.

Le père de famille pouvait donc disposer de son hérédité sans aucune restriction et déshériter ses enfants par simple omission. Si les enfants n'étaient pas protégés contre les dernières volontés de leur père, ils avaient cependant, comme garantie de leurs droits, l'austérité des mœurs d'une époque primitive et la nécessité dans laquelle se trouvait le testateur de faire ratifier par les comices le choix de l'héritier auquel il sacrifiait ses enfants. Cette double garantie suffisait à l'époque où le père, dans la répartition de son hérédité, remplissait vis-à-vis de ses enfants les fonctions d'un juge dont les décisions étaient révisées par le peuple assemblé.

Cette excessive liberté laissée au testateur dans l'expression de ses dernières volontés ne doit pas nous surprendre chez un peuple où le *paterfamilias* était en même temps père et justicier, et l'on comprend assez aisément que celui qui pouvait vendre ou mettre à mort son fils ait bien pu l'exhéréder.

Mais lorsque le testateur ne fut plus sous la tutelle des comices qui contrôlaient ses décisions, lorsque les mœurs se furent relâchées, ce pouvoir de tester librement qui, entre les mains des anciens romains, avait été un sacerdoce, ne tarda pas à devenir une source d'odieux et fréquents abus.

Le père pouvait, par caprice, dépouiller injustement ses enfants qui, par leur travail, avaient durant sa vie contribué à la prospérité du patrimoine commun. Sans doute si le père en préférant à ses fils un étranger quelconque ne faisait qu'exercer ce pouvoir absolu qu'un père de famille a sur la personne de ses enfants, du moins fut-on forcé de

Digitized by Google

reconnaître qu'en agissant ainsi, il violait cet autre principe non moins indéniable que les enfants étaient copropriétaires du patrimoine paternel (L. 11, *De lib et pol.*, 38-2°, n° 76).

Partant de cette idée de copropriété que les jurisconsultes finirent par faire triompher, on admit qu'à la mort de leur père les enfants ne faisaient, en succédant, que conserver sur le patrimoine paternel une propriété qu'ils avaient eue antérieurement plutôt qu'ils n'acquéraient un droit nouveau, ils furent regardés comme se succédant à eux-mêmes en succédant à leur père et méritèrent ainsi le nom de *sui heredes*.

Telle est l'explication adoptée par Pothier (*in nov. ord.*, t. X, lib. 28, tit. 2, n°s 1 et 2) sur la foi de Théophile qui dans sa paraphrase grecque des *Institutes* appelle les héritiers sous « κυτοκλερονομοι, » c'est encore l'opinion suivie par Ortolan (*Inst.*, t. I, p. 617-618). Toutefois M. du Caurroy enseigne que cette expression d'héritiers siens s'explique par la puissance que le père avait sur sa postérité. Le mot « *suus* » se réfère non pas à l'enfant mais au père du défunt. Le pr. 7, du tit. I, du livre III des *Instit.* lui fournit son principal argument. D'après ce texte, un petit-fils peut devenir l'héritier sien de son grand-père sans avoir été sous sa puissance immédiate de son vivant. Voici l'espèce. Le *paterfamilias* a exhérédé son fils et institué un héritier externe. Pendant que celui-ci délibère, le fils exhérédé meurt, laissant un enfant qui, en sa qualité d'héritier sien, recueille l'hérédité. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir été sous la puissance immédiate du *de cujus* de son vivant pour être héritier sien, il suffit que le jour où l'on est appelé à recueillir l'hérédité, on se fût trouvé sous la puissance

Digitized by Google

immédiate du défunt, à le supposer vivant; or, peut-on dire, si l'héritier sien avait été ainsi appelé, parce qu'il avait eu un droit de copropriété sur les biens du *de cujus,* on n'aurait pas dû appeler à la succession le petit-fils qui n'avait jamais eu un droit de cette nature du vivant de son grand-père, que si le même droit de copropriété lui avait été reconnu, il eût été juste qu'il fût comme l'enfant en puissance immédiate, ou institué ou exhérédé par son grand-père.

On peut répondre que si le titre d'*heres suus* tenait à la puissance du père sur ses enfants et petits-enfants, le même titre eût dû être reconnu à l'esclave institué héritier par son maître. Justinien en outre (liv. 2, t. 19, § 2) dit que du vivant de leur père, les enfants « *domini existimantur.* » Ils sont donc considérés comme copropriétaires. Quant à l'objection de M. du Caurroy, dit M. Vernet, quotité disponible, elle peut être facilement réfutée. Le droit des petits-fils ou petites-filles dans la copropriété de famille n'est pas contestable. Pour le nier il faut nier aussi celui des enfants du premier degré, et ne le regarder que comme une fiction qui s'arrête à eux. Nous croyons que la loi 11 (D. XXVIII, 2) nous montre que les Prudents considéraient ce droit comme bien réel, puisque le droit d'exhérédation se conciliait d'après Paul avec ce droit de copropriété des enfants, par cette raison qu'elle était regardée comme une peine prononcée par le père en qualité de juge domestique. Si le *paterfamilias* n'est pas tenu d'exhéréder le petit-fils qui est précédé de son père, c'est que le droit de copropriété du petit-fils ne vient qu'en second ordre; le testateur en enlevant ce droit à celui qui l'a au premier rang, l'enlève par là même à ceux qui viennent dans un rang subséquent.

Digitized by Google

M. du Caurroy oppose un texte de Papinien dans lequel ce jurisconsulte, sur la même espèce que nous avons rencontrée dans le § 7 (tit. I, liv. III, des *Inst.*), donne la même décision et pour expliquer pourquoi le petit-fils est ici héritier sien, nous dit : *Cum et ipse fuerit in potestate, neque pater eum in hac successione prævenerit* (Loi 7 pr., D. XXXVIII, 6). M. du Caurroy appuie son opinion sur les mots « *Cum et ipse fuerit in potestate.* » Nous répondrons que évidemment c'est parce que cet enfant a été sous la puissance du grand-père qu'il est héritier sien; mais ceci n'empêche pas l'existence d'une idée intermédiaire qui échappe au savant professeur. Ce petit-fils a été sous la puissance du grand-père; il a donc eu des droits de copropriété en second ordre sur les biens du défunt. Si le grand-père vivait encore, le père de cet enfant, ne le précédant plus dans la famille, il aurait des droits de copropriété au premier rang sur les biens de l'aïeul. Donc il est *heres suus* héritier de lui-même, il recueille des biens qui lui appartenaient déjà. Pour résumer, nous dirons qu'il faut, pour être héritier sien, avoir été du vivant du défunt sous sa puissance soit immédiate, soit médiate, pourvu qu'au moment où l'hérédité est déférée, on ne soit précédé dans la famille par aucun descendant d'un degré supérieur. Mais cela n'empêche pas que l'expression d'*heres suus* n'ait son origine dans l'idée de copropriété de famille.

Lorsque cette idée de copropriété eut prévalu, il ne suffit plus, pour dépouiller les enfants de leur droit, que le testateur les omît dans son testament, il fallait de plus qu'il déclarât expressément sa volonté de les exhéréder. Préciser l'époque à laquelle le testateur fut dans l'obligaion d'instituer ou d'exhéréder ses enfants serait chose

Digitized by Google

fort difficile, mais d'un passage de Cicéron (*De oratore,* I, 38), on pourrait conclure que dans la première jeunesse de cet orateur cette théorie nouvelle était fort discutée, ce qui prouverait que l'exhérédation n'a pas été établie par une loi formelle; quoi qu'il en soit sur la manière dont l'exhérédation a pris naissance, il n'en est pas moins vrai que quelques années plus tard cette doctrine était admise sans conteste, car en l'an 687 de Rome, Aquilius Gallus, qui, à cette époque, était préteur, nous donne cette théorie comme une règle définitivement adoptée et consacrée (Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 333, note 1).

Digitized by Google

CHAPITRE II.

DE L'EXHÉRÉDATION CIVILE.

Pour avoir une idée complète de l'exhérédation civile nous allons examiner successivement quelles personnes devaient être exhérédées, les formes que l'on devait employer et la sanction de cette obligation.

SECTION I.

Des personnes qui devaient être exhérédées.

Lorsque la liberté de disposer par testament fut restreinte et que le père de famille fut obligé d'instituer ou d'exhéréder ses descendants, on divisa les enfants en deux classes : ceux qui étaient sous la puissance paternelle du *de cujus* et ceux qui en étaient sortis. La loi ne tint aucun compte de la parenté naturelle, elle ne considéra que le droit de puissance; ce n'était pas à cause de l'affection qu'un père est supposé avoir pour ses enfants que le testateur était tenu de les exhéréder expressément, c'est parce qu'il les avait sous sa puissance. L'affection ne jouait aucun rôle, la puissance paternelle imposait au *paterfamilias* des devoirs qui disparaissaient sitôt qu'elle

Digitized by Google

venait à se rompre; la parenté du sang n'existait pas, la parenté civile était tout; aussi pour savoir quels étaient ceux que le chef de famille devait exhéréder s'il ne les voulait pas pour héritiers, il faut se demander quels étaient ceux qui, soumis à la puissance paternelle, occupaient ou pouvaient occuper un jour le premier rang parmi ces héritiers; et comme l'obligation n'existait qu'à l'égard des héritiers siens, nous devons rechercher quels étaient les héritiers siens.

On sait que pour être héritiers siens il fallait être sous la puissance paternelle du *de cujus* au moment de sa mort; cette condition était indispensable, mais, à elle seule, ne suffisait pas : il fallait, en outre, être sous sa puissance immédiate.

Si, par exemple, nous supposons une personne qui à l'instant de sa mort avait sous sa puissance un fils et un petit-fils enfant de ce fils, seul le fils venait à la succession, le petit-fils n'était pas, en effet, sous la puissance immédiate de son grand-père. Étaient assimilés aux *sui* issus de justes noces, les enfants que l'adoption ou l'adrogation avaient mis sous la puissance du *de cujus;* ils comptaient dans leur nouvelle famille parmi les héritiers siens, tant qu'ils étaient sous la puissance de l'adoptant ou de l'adrogeant (*Inst.,* lib. II, tit. XIII, § 4); le testateur devait donc instituer ou exhéréder la personne qu'il avait adoptée, s'il ne l'avait pas émancipée. Nous aurons l'occasion de voir cependant que lorsque le *de cujus* était un affranchi, on faisait dans ce cas spécial, une différence notable entre les enfants naturels et les enfants adoptifs; devaient encore être exhérédés la fille et le petit-fils, le fils du petit-fils et ainsi de suite tous les descendants ultérieurs *per masculos.* Il faut ajouter à cette

Digitized by Google

énumération la femme qui s'était placée sous la *manus* de son mari et la bru qui était sous celle du fils, car la *manus*, on le sait, par rapport à son mari, assimilait la femme à une fille de famille.

Telles furent d'abord les personnes que le droit civil exigea qu'on instituât ou qu'on exhérédât. Les posthumes vinrent bientôt prendre place parmi elles. Primitivement, en effet, un posthume ne pouvait être ni institué ni exhérédé et leur survenance rompait toujours le testament. Le testateur était bien forcé de les omettre par la raison qu'aucune disposition testamentaire n'était permise à l'égard des personnes incertaines; « incerta persona heres institui non potest. » (D. XXVIII, 2, l. 3, § 1). On ne pouvait pas en effet l'instituer comme *suus*, puisqu'en le supposant conçu à l'époque du testament il n'avait pas la qualité de *suus*, on ne pouvait pas davantage l'exhérédér, car l'exhérédation est inutile lorsqu'au moment de la confection du testament celui qu'on exhérède n'est pas au nombre des héritiers siens (Gaius, II, § 140). Et cependant ce cercle vicieux dans lequel on tournait était inique, car nombreux étaient les cas où le testateur n'avait aucun moyen de prévenir la rupture de son testament ou d'y remédier quand survenait un posthume. En vain avait-il fait un testament, il mourait *intestat;* et ce n'était que justice d'annuler son testament où il n'avait pu dicter ses dernières volontés à l'égard de l'enfant à naître, car il eût été inique et même contraire aux intentions du testateur de conserver un testament dans lequel l'enfant posthume n'aurait rien pu recevoir et de le dépouiller ainsi complètement de l'hérédité paternelle; mais d'un autre côté le droit de tester se trouvait inévitablement paralysé sans qu'il fût en rien possible

Digitized by Google

au testateur de prendre certaines précautions dans la prévoyance de l'enfant qui allait naître.

Ce principe blessait donc les intentions présumées du *de cujus*, aussi les jurisconsultes romains unirent-ils leurs efforts pour faire admettre un tempérament à cette règle et prévenir du moins dans les cas qui se présenteraient le plus souvent dans la pratique, la rupture du testament. Cette nouvelle théorie, contrairement à l'ancien principe, permit au père de famille d'instituer ou d'exhéréder avant leur naissance les posthumes héritiers siens. Aquilius Gallus, jurisconsulte des derniers temps de la République, imagina même une formule à l'aide de laquelle il devenait régulier d'instituer ou d'exhéréder même les enfants posthumes qui ne devant pas naître héritiers siens, pouvaient le devenir par la suite, par exemple le petit-fils qui pouvait naître d'un fils vivant encore. « Si filius meus, vivo me, morietur tunc si quis mihi ex eo nepos sive quæ neptis post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus morietur natus, nata erit, heredes sunto » (D. XXVIII, 2, loi 29 pr.).

On arriva insensiblement à distinguer quatre classes de posthumes. 1° Le posthume proprement dit, c'est-à-dire l'enfant qui était conçu avant et né après la mort du testateur et qui se fût trouvé en sa puissance immédiate au jour de la confection du testament, si dès cette époque il eût été vivant. 2° Le posthume Aquilien : petit-fils qui, conçu au moment de la confection du testament de son grand-père, était précédé par son père, mais qui, par la mort de son auteur, pouvait rompre le testament de son aïeul. 3° Le posthume Velléien : l'enfant qui naît du vivant du testateur et en sa puissance immédiate mais après la confection du testament. 4° Le quasi-posthume

Digitized by Google

Velléien, petit-enfant du testateur déjà né au moment de la confection du testament, mais ne se trouvant pas à cette époque au nombre des héritiers siens parce qu'il était précédé dans la famille, et par conséquent dans l'hérédité, par son père et qui arrivait plus tard à cette qualité d'héritier sien si son père venait à mourir ou à sortir d'une manière quelconque de la famille du vivant du testateur.

Désormais on considéra donc comme né l'enfant qui n'était encore que conçu et si le posthume naissait après la mort du testateur, c'était le droit civil qui permettait son institution ou son exhérédation, la loi *Junia,* s'il naissait au contraire durant la vie du testateur (Ulp., *Reg.,* titre 22, § 19).

En dehors de la classe nombreuse des posthumes et des quasi-posthumes, l'agnation d'un héritier sien après la confection du testament pouvait survenir de plusieurs autres manières : par exemple, dans l'ancien droit, si après le testament la femme (*uxor*) tombait sous la *manus* du testateur; si le fils que le testateur avait donné en mancipation venait à être affranchi pour la première ou pour la seconde fois et rentrait ainsi sous la puissance paternelle, si le testateur adoptait quelqu'un postérieurement au testament. Pour toutes ces personnes, la qualité de *suus* n'était qu'artificielle, fallait-il dire que cette agnation rompait le testament? Oui, du temps de Gaius (II, §§ 138-42). On finit par admettre l'institution ou l'exhérédation à l'avance de ces mêmes personnes.

Digitized by Google

SECTION II.

Des formes de l'exhérédation.

Maintenant que nous connaissons les personnes qui, d'après le droit civil, devaient être exhérédées, nous allons étudier les formes de l'exhérédation, c'est-à-dire les règles d'après lesquelles devait se manifester la volonté du testateur; sans doute, tous les descendants devaient être exhérédés impérativement, mais la manière dont se faisait l'exhérédation variait suivant qu'il s'agissait d'exhéréder un fils de famille ou tout autre enfant soumis à la puissance du testateur.

S'agissait-il d'un fils issu de justes noces ou d'un enfant adoptif, le testateur devait avoir le soin de l'exhéréder soit nominativement, soit en le désignant d'une façon assez précise pour prouver que c'était bien à cet enfant qu'il pensait quand il l'exhérédait. *Titius* ou *filius meus exheres esto* si toutefois le testateur n'avait qu'un fils.

S'agissait-il, au contraire, d'une fille, d'une femme *in manu,* d'une bru, de petits-enfants nés d'un fils prédécédé, le testateur pouvait les exhéréder collectivement en termes généraux : *ceteri exheredes sunto.*

La même distinction que celle qui existait entre les fils et les autres descendants fut reproduite pour les posthumes. Pour les fils et autres posthumes mâles, on admit que pour être valable l'exhérédation devait être nominative, cela doit s'entendre d'une désignation nominale de la classe des posthumes et non pas d'une désignation individuelle, et l'on se servait de la formule suivante : *Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto* (*Inst.*, liv.

Digitized by Google

II, tit. 13, § 1, *in fine*). Si l'on ne voulait frapper d'exhérédation que quelques-uns d'entre eux, on les désignait de quelque manière que ce fût, pourvu qu'elle fût claire.

En ce qui concerne l'exhérédation des posthumes du sexe féminin, on pouvait les exhéréder nominativement ou *inter ceteros,* seulement à cause même du vague de cette dernière formule : *ceteri exheredes sunto,* le testateur devait, en les exhérédant, leur laisser un legs, si minime qu'il fût, afin de bien montrer qu'il ne les avait pas oubliés et qu'il prétendait exhéréder ses enfants à naître aussi bien que ses héritiers actuels.

Le fils devait être exhérédé purement et simplement; si, en effet, on avait admis l'exhérédation sous condition, il serait arrivé que, si la condition avait défailli, il se serait trouvé dans une position telle qu'on eût pu dire qu'il avait été omis. Mais il eût suffi, pour que l'exhérédation devînt valable lorsqu'elle était faite sous une condition casuelle, qu'elle fût suivie de l'institution pour le cas où la condition viendrait à faire défaut.

Un père de famille institue son fils « *si Titius vivit,* » ce genre de condition, qui n'a de la condition que la forme conjonctive et l'ignorance dans laquelle on se trouve d'un fait qui n'a par lui-même rien d'incertain, est plutôt un ordre à vérifier qu'une condition à remplir. Aussi bien que non exhérédé, si Titius ne vit pas, l'institution vaudra cependant et ressortira tous ses effets.

Le fils, en principe, doit être institué purement et simplement, mais il peut l'être cependant sous une condition qui dépende de lui seul. Si le fils a été institué sous une condition purement potestative, son institution ne produira-t-elle d'effet qu'autant qu'il en aura rempli la condition, ou bien aura-t-elle son effet quand même il ne

Digitized by Google

l'aurait pas remplie? On voit la raison de douter, c'est que s'il était mort sans la remplir, il ne pouvait être réputé ni héritier, ni déshérité, ni omis dans le testament. Il faut cependant décider qu'il sera écarté quand il n'aura pas rempli la condition, parce que, somme toute, l'on ne peut pas dire qu'il ait été véritablement omis, puisque c'est par sa faute qu'il n'est pas héritier. Par conséquent, s'il a un cohéritier, ce cohéritier ne sera pas tenu d'attendre qu'il ait rempli cette condition, le cohéritier, d'ailleurs, pourrait toujours accepter la succession en vertu du testament, car, de deux choses l'une : ou le fils remplira la condition et son institution aura un effet, ou il ne la remplira pas et son institution sera nulle, mais le testament sera toujours valable; si le fils pouvait annuler le testament de son père en ne la remplissant pas, il faudrait indubitablement attendre qu'il ne l'eût pas remplie (L. 4, D. XXVIII, 5, *De hered. inst.*). Mais si la condition avait un terme, comme celle de monter au Capitole dans trente jours et que le terme fût passé, il faudrait le traiter comme s'il avait été exhérédé. La question de savoir si une condition est ou n'est pas au pouvoir de l'héritier institué est une simple question de fait. Les conditions illicites ou immorales sont censées n'être pas au pouvoir de l'institué, et le testament serait infirmé, car une telle condition est impossible (L. 15, XXXVIII, 7).

Si nous passons maintenant à l'institution ou à l'exhérédation des filles, nous voyons qu'elle peut être subordonnée à toute condition admise par le droit commun (L. 4 pr., *De hered. lib., Inst.*, XXVIII, 5).

Seul le militaire était dispensé, non pas des règles relatives à l'exhérédation des enfants, mais seulement des formes de cette exhérédation; il suffisait qu'il manifestât

Digitized by Google

clairement sa volonté; elle pouvait même résulter de son silence seul s'il était prouvé qu'il connaissait l'existence des enfants ou la grossesse de sa femme (*Inst.*, § 6, *De exher. lib.*, I, § 13).

SECTION III.

De la sanction de l'exhérédation.

Le vice d'omission produisait des effets différents suivant que le testateur avait omis un fils ou d'autres descendants.

1° *Fils omis.* — Le testament dans lequel se trouvait l'omission d'un fils était nul de plein droit; il nous sera facile de le démontrer, car ce n'est qu'une application des règles générales. Qu'est-ce, en effet, qu'un testament? C'est notre volonté exprimée solennellement dans les formes prescrites par la loi. Or, la première des conditions que doit remplir un testateur, c'est de se conformer à ces solennités prescrites, car ce n'est que s'il s'y conforme que la loi lui accorde le droit de tester, sinon vainement il teste, il meurt *intestat.*

La première règle à observer ici est que le testateur qui a des enfants doit les instituer ou les exhéréder; s'il les omet, il aura fait un testament nul (*Inst.*, § 1, *De exher. lib.*); le seul fait de l'omission annule le testament qui reste tel, bien que le fils omis vienne à décéder avant le testateur.

Sans doute, dans ce dernier cas, considérant que cette formalité de l'exhérédation n'avait été créée que dans l'intérêt du fils et que le fils meurt, cet intérêt disparaissait avec lui, les Proculiens décidaient qu'il n'y avait

Digitized by Google

pas de raison pour ne pas admettre la validité du testament; mais, plus logiques, quoique plus rigoureux aussi, les Sabiniens ne voulaient voir dans le testateur qu'un homme qui avait enfreint la loi, et par conséquent fait un acte qui, nul dès le principe, ne pouvait pas, plus tard, à raison de certaines circonstances imprévues, devenir valable, car pour juger de la validité d'un acte, c'est au moment même de la confection qu'il faut se placer.

Il n'y avait aucune distinction à l'égard des posthumes quant à l'effet de leur omission, sur la validité du testament. Que ce soit un fils posthume, une fille, un petit-fils qui ait été omis, le testament n'en est pas moins valable dans son principe, parce qu'à l'époque de la confection, les posthumes n'existant pas, il n'y avait aucun droit pour eux et par conséquent aucune nécessité actuelle de les exhéréder; mais par leur naissance, qu'il s'agisse d'un fils, d'une fille ou de tout autre posthume, le testament dans lequel ils ont été omis, se trouve rompu parce qu'ils sont *sui*.

2° *Autres descendants.* — Si le testateur bien qu'il dût les instituer ou les exhéréder avait omis sa fille, sa femme *in manu* ou des petits-enfants, leur omission cependant avait des effets moins graves. Le droit civil n'annulait pas le testament; seulement, dit Gaius, les personnes omises venaient accroître le nom des héritiers et prenaient en concours avec les héritiers institués une certaine portion qui variait suivant que ces héritiers étaient des héritiers siens ou des étrangers; dans le premier cas, les filles ou les descendants omis prenaient chacun une part virile, une part d'héritier, chacun d'eux comptait pour un héritier de plus; dans le deuxième cas, ils prenaient la moitié.

Digitized by Google

Scriptis heredibus adcrescent, dit Ulpien, *suis quidem heredibus in partem virilem, extrameis autem partem in dimidiam.* (Reg., XXII, 17).

Sans doute, les descendants omis ne venaient pas comme héritiers légitimes, ce qui aurait violé la règle; *nemo partim testatus partim intestatus mori potest,* mais on les réputait institués dans la mesure du droit que la loi leur accordait, et comme tels ils devaient proportionnellement à leur part, acquitter les legs, payer les dettes et satisfaire aux charges qui incombent aux institués (L. 4 C. *de lib. pret.,* VI, 28).

L'origine même du droit d'exhérédation, fondé sur l'existence d'une copropriété de famille et sur la qualité d'héritier sien, avait dû rendre ce droit complètement étranger à tout ce qui regardait les successions de la mère et des ascendants maternels; les enfants n'étaient pas sous la puissance de leur mère, les femmes n'avaient pas besoin de les exhéréder et la prétérition de leur mère était pour eux une exhérédation tacite.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

EXHÉRÉDATION PRÉTORIENNE.

Après le rapide exposé de l'exhérédation civile que nous venons de faire, nous pouvons dire que l'organisation de la famille, à Rome, avait reçu une organisation très forte, mais souvent factice. Trois faits engendraient la puissance paternelle : les justes noces, l'adoption, la légitimation; le fils restait sous la puissance paternelle jusqu'à la mort du *paterfamilias :* « Ni l'âge, « ni les noces, ni les dignités ne libéraient un fils de la « puissance paternelle. Les consuls, les dictateurs com- « mandaient à la République, mais rentrés dans la mai- « son paternelle, ils n'étaient que fils de famille et obéis- « saient à leur père » (Ortolan, t. II, n° 162). Ainsi conçue, la famille avait une organisation très forte, mais factice, disons-nous, car seuls les enfants qui étaient sous la puissance du *paterfamilias* étaient *sui heredes* (*Inst.*, liv. III, tit. I, § 2). Mais soumettre le droit de succession des descendants à leur subordination, à la puissance paternelle, avait comme conséquence de priver les enfants émancipés ou donnés en adoption de la succession des biens de leur père; une fois sortis ainsi de la famille, ils n'étaient plus *sui heredes.* Le fils *in potestate* venait donc à la succession, tandis que le fils émancipé

Digitized by Google

ou donné en adoption était écarté. Était-ce justice? L'émancipé était-il donc moins le fils du *de cujus* que l'enfant en puissance? Aussi à côté de cette famille civile, factice et trop étroite, le préteur créa-t-il la famille naturelle qui embrassait tous ceux qui *per masculos* descendaient l'un de l'autre ou d'un auteur commun; ce n'est plus des liens fictifs de la parenté civile ou plutôt ce ne sera plus de ces seuls liens que dépendra la vocation à la succession, ce sera du sang, de la parenté naturelle qui survit à l'émancipation, et l'on peut dire que le préteur, juge et législateur, frappé de l'insuffisance d'un tel système, parvint à en créer un nouveau qui, tantôt d'accord avec le droit civil, souvent en opposition avec lui, accomplit les réformes législatives que l'équité rendait nécessaires et prépara les Novelles CXVIII et CXXVII qui ne sont que le développement et l'application plus vaste des idées que le préteur avait conçues.

Pour parvenir au résultat qu'il se proposait, le préteur compléta la théorie de l'exhérédation civile par certaines règles que nous allons étudier, en examinant successivement les personnes que le préteur obligeait d'instituer ou d'exhéréder, les formes de l'exhérédation qu'il venait d'introduire, et enfin sa sanction.

SECTION I.

Des personnes que le préteur ordonne d'instituer ou d'exhéréder.

L'obligation d'exhéréder comme nous venons de le voir, n'était, d'après le droit civil, imposée au testateur qu'au profit de ceux qui étaient héritiers d'après la loi.

Digitized by Google

Nous allons étudier les réformes que le préteur apporta à cet état de choses. Mais avant disons que s'il favorisa les descendants *per masculos* et établit pour eux un système meilleur, une protection plus efficace, il négligea complètement les descendants *per feminas*. Le droit civil ne fut pas changé par lui en faveur de ces personnes et la mère continua à pouvoir omettre son fils et sa fille sans avoir besoin de l'exhéréder. La seule ressource qu'avait le fils omis par sa mère était la *querela inofficiosi testamenti*.

Les descendants en puissance par suite d'une assimilation d'idées forcée, devaient rappeler au préteur qu'il y avait d'autres descendants qui, comme eux, y avaient été et qu'il était équitable de leur assimiler.

En conséquence s'il exigea toujours l'institution ou l'exhérédation de tous les descendants *sui heredes*, restés sous la puissance paternelle (et par descendants il faut entendre indistinctement les enfants naturels et adoptifs, naturels par opposition à adoptifs, c'est-à-dire issus du mariage). (L. 1 pr., *De bon. pos. cont. tubul.*); il étendit cette obligation à ceux qui ont le libre exercice de leurs droits, soit qu'ils aient été émancipés, soit qu'ils fussent sortis de toute autre manière de la puissance paternelle (L. 1, § 6, *De bon. pos. cont. tabul.*). Ces textes ont servi à conjecturer que la *bonorum possessio contra tabulas* fut donnée aux *sui* avant d'être donnée aux émancipés et plus généralement aux descendants *non sui*, mais ils ne le prouvent pas. On peut dire que le fils émancipé omis est le type du possesseur de biens *contra tabulas* et que c'est lui surtout que le préteur a eu en vue lorsqu'il a établi en faveur des descendants omis le moyen d'infirmer le testament et de recueillir la succession à laquelle le testament

Digitized by Google

ne les appelait pas (L. 3 pr., D. XXXVII, 4). Le testateur était donc tenu d'instituer ou d'exhéréder les émancipés, le préteur *naturali æquitate motus* les traita comme s'ils fussent restés sous la puissance du *de cujus* et leur donna les mêmes droits qu'à leurs frères restés *sui*.

Voici ce que dit Ulpien à cet égard : Si le père s'est donné en adoption et que le fils émancipé auparavant ne l'ait pas suivi dans la famille adoptive, le fils n'a pas besoin d'être exhérédé parce que le père et le fils sont tous deux dans une famille différente ; ainsi l'a décidé Julien. Mais il semble injuste à Marcellus que le fils soit exclu lorsqu'un père s'est donné en adoption car, suivant ce jurisconsulte, dans tous les cas où le père se donne en adoption sans que le fils le suive dans la famille adoptive, le fils n'a pas de père désigné et ce sentiment est fondé (L. 17, *De bon. post. cont. tabul.*).

Les enfants qu'il a donnés en adoption et que l'adoptant a émancipés, doivent aussi être exhérédés et non pas omis, car si à l'égard du père naturel on les tient pour étrangers tant qu'ils sont dans la famille adoptive, de telle sorte qu'il n'ait besoin ni de les instituer ni de les exhéréder, une fois émancipés par le père adoptif, sortant ainsi de sa famille, ils se trouvent dans la même situation que s'ils avaient été émancipés par le père naturel lui-même (*Inst.*, livre II, titre XIII, § 4). Si, au contraire, l'enfant n'avait été émancipé qu'après la mort de son père naturel, il n'aurait pas plus de droit à la succession de celui-ci qu'un descendant qui aurait été conçu et serait né seulement après la mort du *de cujus*. On ne pouvait du reste laisser dépendre du caprice du père adoptif l'ordre successoral déjà ouvert. Il eût été bizarre, en effet, d'admettre qu'en émancipant l'adopté

Digitized by Google

après la mort du père naturel, l'adoptant eût pu ainsi faire préférer les droits posthumes de l'enfant du *de cujus* aux droits déjà acquis à ses propres agnats.

Les enfants nés ou conçus de leur père avant que lui-même fût émancipé ou donné en adoption ont été également l'objet des préoccupations du préteur. Soit par exemple un aïeul qui a émancipé ou donné son fils en adoption et a gardé son petit-fils sous sa puissance. Ces enfants *jure civili* pouvaient être omis par leur père sous la puissance duquel ils n'avaient jamais été. Leur père cependant, bien qu'ayant été donné en adoption ou émancipé, et que ses enfants fussent restés sous la puissance de l'aïeul, devra les instituer ou les exhéréder, car somme toute ils sont ses fils. « Si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei patris emancipati bonorum possessio » (Pomponius, l. 4, § 1, D. XXXVII, 4; l. 21 p., D. XXXVII, 4).

Même disposition quant aux enfants qu'il a eus *in potestate* et que son père a émancipés en les retenant lui-même sous sa puissance (L. 6, § 2, *De bon. pos. cont. tab.*), bien qu'ils n'aient jamais été sous la puissance paternelle. Par exemple, si après avoir émancipé son petit-fils seulement, l'aïeul est venu à mourir et après lui son fils, père de l'émancipé, ce petit-fils émancipé devra être institué ou exhérédé par son père quoiqu'il n'ait jamais été sous sa puissance, parce que s'il ne fût point sorti par l'émancipation de la puissance de son aïeul, il aurait été héritier sien de son père.

L'édit s'applique également aux petits-enfants conçus ou nés d'un père émancipé par rapport à la succession de leur aïeul (L. 6 pr., *Bon. pos. contra tabulas,* XXXVII, 4). On sait que *jure civili* ces enfants n'étaient pas sous la

Digitized by Google

puissance de leur aïeul et, par conséquent, ne pouvaient venir à sa succession; mais le préteur, qui accordait la possession de biens à l'enfant émancipé, se vit naturellement appelé à donner les mêmes droits aux enfants nés d'un émancipé depuis son émancipation en cas de prédécès de leur père. Ainsi ces petits-enfants, qui n'ont jamais été sous la puissance de l'aïeul, devaient cependant être par lui institués ou exhérédés en supposant le prédécès du père, ascendant intermédiaire, dont la présence excluant ses enfants, eût rendu inutile leur exhérédation (L. 3 pr., D. XXXVII, 4).

L'enfant donné en adoption et qui n'a pas été émancipé par l'adoptant par rapport à la succession du père adoptif, doit être exhérédé tant que l'enfant adopté reste dans la famille de l'adoptant; l'adoptant est tenu, dans son testament, de l'instituer ou de l'exhéréder, et, en cas d'omission, son testament serait rompu et l'enfant appelé par le préteur à lui succéder (L. 1 pr., D. XXXVII, 4).

Mais s'il était émancipé par le père adoptif, il perdait tout droit à sa succession, et cela se conçoit. Comme le disent en effet les *Institutes,* les enfants naturels, parce qu'ils cessent d'être héritiers siens, ne cessent pas pour cela d'être nos enfants; les enfants adoptifs, au contraire, une fois émancipés sont étrangers, parce que leur titre de fils ou de fille qu'ils ne tiennent que de l'adoption, institution civile, une autre institution civile, l'émancipation, la leur enlève (L. 3, I, § 4; l. 1, § 6, D. XXXVIII, 6).

Le préteur, en décidant ainsi, si les descendants sont *sui heredes,* marche pleinement d'accord avec le droit civil qui annule le testament pour omission d'un *suus heres* quelconque; s'ils ne sont pas *sui heredes,* le préteur contredit le droit civil, car, d'après leur changement

Digitized by Google

d'état, ils ont *jure civili* perdu le droit d'être admis à la succession. Cependant, par des raisons d'équité, le préteur a cru devoir rescinder en leur faveur les effets de la *capitis deminutio* et les traiter comme s'ils étaient restés en puissance du défunt (Loi 6, § 1, *De bon. poss.*, XXXVII, 1).

Toutefois, cette obligation d'instituer ou d'exhéréder les descendants *non sui* cesse.

1° A l'égard de l'enfant donné en adoption qui a été ensuite émancipé par l'adoptant, son émancipation le raye du nombre de ses enfants, et les droits qu'il tenait de son adoption sont ainsi anéantis.

2° A l'égard des enfants donnés en adoption par rapport à leur père naturel qui n'est tenu ni de les restituer, ni de les exhéréder, à moins qu'ils aient été émancipés par leur père adoptif du vivant et non après la mort de ses parents naturels (L. 6, § 4, *De bon. pos. cont. tab.*).

3° Il est également inutile d'instituer ou d'exhéréder ceux qui, placés au second ou au troisième degré, sont séparés du testateur au jour de son décès par un ascendant intermédiaire, encore vivant et capable.

Edit de conjungendis.

Il n'y a qu'un seul cas où le petit-fils ne soit pas exclu par son père, mais concourt avec lui, c'est lorsque son père est sorti de la famille par une émancipation tandis que lui-même est resté sous la puissance de son grand-père. Dans ce cas, l'un et l'autre arrivent à la succession de l'aïeul, le petit-fils parce qu'il est *suus*, le fils parce qu'il le serait s'il n'avait pas été émancipé. Cette clause fut introduite dans l'édit des préteurs par la prévoyance

Digitized by Google

de Salvius Julien, auteur de l'édit perpétuel (L. 1, D. XXXVII, 8).

Voici la teneur de cet édit. Si parmi ceux à qui le préteur promet la possession des biens il y en a un qui, lors de la mort du testateur, ne se trouve point être sous sa puissance, on lui accorde à lui, ainsi qu'à ses enfants qui sont restés dans la famille, et à qui la succession appartiendrait de leur chef pourvu qu'ils n'aient point été déshérités, la possession des biens de la portion qui lui aurait appartenu, s'il n'eût point été émancipé; en sorte que l'émancipé prendra la moitié de cette portion, ses enfants l'autre, et qu'il ne rapportera ses biens qu'à ces derniers.

Cet édit est de la plus grande équité, car il ne veut pas que l'émancipé puisse venir à la succession et exclue les petits-fils restés sous la puissance du testateur; ni réciproquement que les petits-enfants ne puissent se prévaloir de ce qu'ils étaient restés en puissance pour empêcher leur père de concourir avec eux.

Pour que le petit-fils ait le droit de concourir avec son père pour une portion de la succession de l'aïeul, il faut 1° que son père soit sorti de la famille dans laquelle il est lui-même resté; 2° que son père n'ait pas été déshérité.

Cette décision s'écarte certainement du principe général qui paraît avoir dirigé le préteur et qui consiste à organiser la *bonorum possessio contra tabulas* sur le modèle de la succession déférée aux *sui*, du moment que le préteur rescindait la *capitis deminutio* attachée à l'émancipation, il était logique de dire que l'émancipé excluait ses enfants demeurés *in potestate avi* (L. 1, § 1, D. XXXVII, 4).

En effet, tandis que *jure civili* le petit-fils eût dû ex-

Digitized by Google

clure son père dans la succession de l'aïeul, il se le voyait préférer par la logique même des choses, du jour où le préteur rescinda la *capitis deminutio* encourue par son père et qui, ainsi, se trouvant dans un ordre préférable, l'eût complètement exclu de l'hérédité, lui qui auparavant l'en aurait aú contraire dépouillé. Ce résultat était inique, et ce fut dans le but, ainsi qu'on l'a vu, de corriger cette iniquité que Salvius Julien fit entrer dans l'édit *de conjungendis* cette clause nouvelle que l'émancipé n'exclurait plus le petit-fils resté en puissance. C'était un compromis arbitraire qui nous montre l'incertitude du préteur qui, corrigeant la loi ancienne, n'avait pas le courage de pousser jusqu'au bout les conséquences de son nouveau système.

Les enfants, ainsi admis avec leur père, concourent avec lui seul et non avec les autres ayants-droit. Ainsi donc, si la succession se partage entre le fils émancipé et ses enfants, de manière que l'émancipé en prenne une moitié et ses enfants l'autre, lorsqu'ils sont seuls en présence, l'émancipé et ses enfants ne comptent que pour une seule personne à l'égard des autres *bonorum possessores,* s'il y en a d'autres. Ainsi donc, si, outre l'émancipé et ses enfants, le testateur avait laissé un autre fils sans descendance, ce fils prendrait à lui seul la moitié de la succession et le fils émancipé concourrait avec ses enfants pour l'autre moité, en sorte qu'il aurait à lui seul un quart de la succession et ses enfants l'autre quart qu'ils partageront entre eux.

De ce que les fils de l'émancipé ne concourent qu'avec leur père découlent deux conséquences :

1° Si le fils émancipé ne demande pas la possession de biens, les petits-fils conserveront en entier tous leurs

Digitized by Google

droits, comme si le *de cujus* n'avait pas laissé de fils; en sorte que ces petits-enfants seulement, et non les autres, profiteront par accroissement de ce que leur père aurait pu retirer de la possession de biens s'il en eût formé la demande, et réciproquement si ce sont ces derniers, le droit d'accroissement ne s'ouvre qu'au profit de l'émancipé (L. 5, § 2, *Si ab. test. null.*, XXXVIII, 6).

2° Si l'émancipé ne venait pas à la possession de biens, ses enfants auraient en entier la portion pour laquelle il concourt avec eux; par conséquent, les frères de l'émancipé n'auraient pas eu pour cela une portion plus forte, seuls les enfants de l'émancipé souffrent du concours de leur père; ce n'est donc qu'à eux seuls qu'il doit le rapport de ses biens personnels.

SECTION II.

Des formes de l'exhérédation prétorienne.

Si, après avoir examiné les personnes que le préteur obligeait le testateur d'instituer ou d'exhéréder, nous passons aux formes d'après lesquelles devait se manifester la volonté d'exhéréder, nous trouvons les modifications suivantes. Tous les descendants mâles sans distinguer entre les fils et les petits-fils doivent être exhérédés nominativement, les femmes seules (Gaius, II, 129) purent encore être exhérédées *interceteros*.

Il faut que celui qui est déshérité le soit pour toute la succession; c'est pourquoi un père ayant institué sa fille pour héritière de tous ses biens, et ayant légué seulement une certaine somme à son fils qui était en sa puissance, en ajoutant qu'il voulait que son fils fût déshérité

Digitized by Google

pour le reste, on demandait si ce fils était déshérité régulièrement; Scévola répondit que non, et en discutant sur cette question il ajoutait que l'exhérédation de ce fils n'était pas valable, parce que celui qui était déshérité par rapport à un fonds de terre, ne l'était pas régulièrement, et qu'il en était autrement de l'exhérédation que de l'institution, parce qu'on traitait favorablement l'institution d'héritier, mais qu'on devait moins protéger les dispositions d'exhérédation (L. 19, Paul, liv. I, *ad Vitel.*).

De ce qu'il faut qu'un fils soit déshérité pour toute la succession, il s'ensuit que l'exhérédation doit porter sur tous les degrés de successibilité à l'égard de celui à qui la succession est déférée par le testament.

Mais quand est-il censé déshérité pour tous les degrés? Un fils est régulièrement déshérité entre les institutions et il sera rejeté de tous les degrés à moins que le testateur ne l'ait déshérité par rapport à un seul des institués, parce qu'alors l'exhérédation sera vicieuse, comme s'il eût dit : quel que soit mon héritier, que mon fils soit déshérité; car, ainsi que l'a dit Julien, une pareille exhérédation est vicieuse, parce que le testateur a voulu que son fils fût déshérité après l'acceptation de la succession; ce qui est impossible (L. 3, § 2, D. XXVIII, 2), car il faut que le testament soit valide pour que la succession soit acceptée en vertu de ce testament; or, le testament ne peut valoir tant que le fils n'est ni héritier ni exhérédé.

Que faut-il dire s'il y a plusieurs degrés d'héritiers? Alors, pour que le testament soit valide, il n'est pas précisément nécessaire que le fils soit exclu de tous; mais les institutions ne vaudront que pour les degrés dont il sera exclu et celles des degrés dont il ne sera pas exclu seront nulles. Si un père de famille a fait son testament de

Digitized by Google

telle manière que son fils soit omis au premier degré, et exhérédé au second, le testament sera nul par rapport seulement au premier degré; la possession de biens ne peut être obtenue que contre l'institué; si la substitution s'ouvre, l'exhérédé, quant à elle, n'a que la *querela* (Ulpien, liv. I, *ad Sab.*, D. XXVIII, 2).

Observons en passant qu'il résulte de cette règle que, si un fils est substitué au degré où il a été omis, il sera appelé à la succession de son père, non pas *ab intestat*, mais en vertu de son testament, parce que le testament doit toujours commencer par le degré dont le fils a été exclu.

De là l'espèce suivante : Lucius Titius ayant des fils sous sa puissance, institua sa femme son héritière et lui substitua ses fils. On demandait si l'institution de la femme était nulle, parce que les filles n'étaient pas exclues du degré où elles étaient instituées. Il fut répondu que le degré où les fils ont été omis était annulé, et par conséquent que les fils étant substitués d'après l'hypothèse proposée, étaient censés être héritiers en vertu du testament, puisqu'ils n'infirmaient pas le testament, mais seulement le degré qui était nul dès l'origine, ainsi qu'on l'a dit sur l'espèce où le fils ayant été omis dans la première institution et déshérité dans la seconde, et qu'il importait peu par quelle raison l'institution du second héritier était valide; c'est-à-dire que ce fût parce que le fils était exclu de ce degré, ou parce qu'il y avait été substitué (L. 43, § 2, XXVIII, 6, *De vulg. et pupil. subst.*).

Réciproquement, si le fils a été exclu du degré des institués et omis à celui des substitués, la substitution sera nulle quoique le fils soit mort pendant que les institués délibéraient ou du vivant du testateur.

Digitized by Google

Par exemple, si après avoir institué un premier héritier, j'ai déshérité mon fils, et ne l'ai pas déshérité après en avoir institué un second; ce fils étant venu à mourir pendant que le premier délibérait sur l'adition d'hérédité, le second ne sera pas héritier, suivant l'opinion que nous avons adoptée, parce qu'il a été institué sans que le fils soit exhérédé.

D'un autre côté, il fut loisible au testateur d'instituer tous les descendants, les mâles aussi bien que les femmes sous une condition purement casuelle, et l'on voyait alors ce fait se produire. Si la condition était défaillie au jour du décès du testateur, l'enfant était réputé omis; si en se plaçant toujours au même moment la condition était encore pendante, le préteur lui accordait provisoirement la *bonorum possessio secundum tabulas,* sauf à le traiter plus tard si la condition venait à défaillir comme s'il avait été omis (L. 3, §§ 12, 14, *b. p. c. t.;* L. 2, § 1, *b. p. s. t.*). Mais pouvait-on valablement faire les exhérédations sous les mêmes conditions que les institutions. L'exhérédation ainsi faite produisait-elle aussitôt son effet, et si la condition venait à défaillir, le *jus accrescendi* était-il accordé aux exhérédés?

Les exhérédations sous condition étaient nulles, et cette différence entre l'exhérédation et l'institution venait de ce que la première, blessant les idées de famille, était moins favorablement vue que la seconde (L. 19, *De lib. et post.,* XXVIII, 2). Hermogène, d'ailleurs, nous dit : « *Certo judicio a parentum successione removendi sunt* » (L. 18, *b. p. c. t.*).

Digitized by Google

SECTION III.

Sanction de l'exhérédation prétorienne.

Lorsque par ces diverses modifications, le préteur eut créé à l'instar de l'exhérédation civile une exhérédation prétorienne, il est bien évident qu'il lui fallut, pour que son institution ne restât pas à l'état de lettre morte, créer une sanction qui lui permît de faire respecter les règles nouvelles qu'il venait d'établir. C'est dans ce but qu'il créa la *bonorum possessio contra tabulas,* et c'est cette sanction que nous allons maintenant étudier.

Le préteur, dans la rescision totale du testament par la possession de biens, ne mit aucune différence entre les enfants omis du sexe masculin et ceux du sexe féminin (Ulpien, tit. XXII, § 23), de sorte que, grâce à la *bonorum possessio contra tabulas,* les femmes omises avaient plus d'avantage que n'en avaient, d'après le droit civil, celles qui étaient réellement *sui heredes,* puisque par la *bonorum possessio contra tabulas,* elles faisaient écarter le testament en totalité, tandis que par le droit civil, elles n'avaient que le droit d'accroissement (Gaius, C. II, § 124), pour une part déterminée; c'est pourquoi, nous dit Gaius, l'empereur Antonin signifia dans un rescrit que les femmes n'obtiendraient, par la *bonorum possessio contra tabulas,* rien au delà de ce qu'elles auraient obtenu par le droit d'accroissement (C. II. §§ 125, 126).

Suivant le droit prétorien, le testament dans lequel un fils héritier sien a été omis, est maintenu toutes les

Digitized by Google

fois qu'il n'y a pas d'intérêt à ce qu'il ne soit pas valable. Aussi, d'après Papinien, si le père a omis un fils qui était sous sa puissance, son testament sera nul par rapport aux libertés données et aux legs, si ce fils omis a demandé sa part de l'hérédité à ses frères; mais s'il s'est abstenu de la succession, la volonté du père sera observée par la raison d'équité contre la subtilité du droit (L. 17, XXVIII, 3, *De inj. rupt*).

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

Sur cette sanction prétorienne de l'obligation d'instituer ou d'exhéréder certaines personnes, nous examinerons successivement :

1° Quand le préteur accorde cette *bonorum possessio ;*

2° La demande de la *bonorum possessio ;*

3° Les effets de la *bonorum possessio contra tabulas ;*

4° L'interdit *quorum bonorum* accordé au *bonorum possessor contra tabulas.*

Ces différents points feront l'objet d'autant de chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

DANS QUELLES HYPOTHÈSES LE PRÉTEUR ACCORDE LA *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

Lorsque, d'après le droit civil, le testateur avait omis une des personnes qu'il devait instituer ou exhéréder, le testament qu'il avait fait était nul ; l'enfant omis n'avait pas besoin de faire prononcer la nullité de l'acte qui contenait les dernières volontés de son père, son omission l'instituait héritier légitime ; c'était pour lui un droit acquis qui résultait de ce seul fait matériel : si l'héritier

Digitized by Google

institué par son père s'était mis en possession, et que le fils omis, après avoir commencé une demande contre lui, l'eût laissé périmer, il conservait néanmoins, malgré la péremption d'instance (loi 8, § 1, D., *De in of. test.*), le droit de reprendre plus tard sa demande et de faire déclarer nulle cette institution d'héritier; cette action, qui n'était qu'une demande en délaissement d'hérédité, était soumise comme elle à la prescription de trente ans, car il n'y avait pas de raison pour en changer le terme. Le testament était donc nul, et si l'enfant omis était mort avant le testateur, le testament n'eût cependant, comme nous l'avons déjà vu, produit aucun effet; il était nul comme entaché d'un vice de forme.

Ce n'est plus comme un véritable vice de forme que le préteur considère l'omission des descendants. Il eût été, s'il avait adopté le système du droit civil, amené à annuler, lui aussi, tout testament entaché du vice d'omission; chose bien inutile du moins dans le cas où, pour une cause ou une autre, il n'y avait plus de personnes intéressées à en demander la nullité parmi celles que protégeait le préteur. Le testament était valable; seulement les descendants omis avaient contre lui, à la condition de la demander, la *bonorum possessio.*

Et l'on voit la différence avec le droit civil. Comme il pouvait arriver que l'enfant omis prédécède, qu'il soit incapable à l'époque du décès ou qu'il répudie la succession, dans ces différents cas le testament ressortira ses effets *jure civili,* si l'enfant était un *suus heres; jure pretorio,* si ce droit ne lui reconnaissait pas cette qualité.

Du moment que la *bonorum possessio contra tabulas* était donnée aux personnes omises dont le préteur exigeait l'institution ou l'exhérédation afin de sanctionner

Digitized by Google

cette obligation à laquelle il soumettait le testateur, il était évident que trois conditions étaient nécessaires pour donner ouverture à cette *bonorum possessio.*

1° Il fallait que le *de cujus* eût laissé un testament, et, bien entendu, un testament valable, qui, au jour de son décès, eût pu, soit *jure civili,* soit *jure pretorio,* permettre d'accepter la succession ou demander la *bonorum possessio secundum tabulas,* abstraction faite de l'irrégularité dont l'entachait l'omission d'un descendant. Il fallait donc que, dans son testament, le testateur eût observé toutes les formes prescrites, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien. Que si, par exemple, le défunt était incapable de tester, s'il avait institué comme héritier une personne qui fût prédécédée ou qui n'eût pas le *jus capiendi,* et, dans d'autres cas encore, le testament étant nul, le préteur n'avait pas besoin de déférer la *bonorum possessio contra tabulas,* le testateur étant mort *ab intestat.* Mais il suffisait que le testament régulier dans sa forme contînt l'institution d'une personne vivante et capable au jour du décès du testateur pour qu'il fût donné ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas.* Il n'importait que dans la suite l'institué répudiât la succession ou mourût avant d'avoir fait adition, car ce n'était pas contre lui institué qu'était donnée la *bonorum possessio,* mais contre le testament même, et une fois ouverte, elle demeurait acquise aux ayants-droit au profit duquel elle s'était ouverte (L. 4 pr., l. 19, *Bonorum possessio contra tabulas;* l. 8, § 5, *Bonorum possessio contra tabulas*). L'institution d'un posthume, celle d'un captif, si l'on pouvait encore espérer la naissance du posthume ou le retour du captif, suffisaient même pour lui donner ouverture.

Digitized by Google

2° Il fallait qu'ayant fait un testament régulier, le testateur y eût au moins omis l'une des personnes qu'il devait instituer ou exhédérer; mais il fallait qu'au jour du décès du testateur, époque où l'on se plaçait pour déterminer les personnes qu'il ne pouvait pas omettre, le descendant omis fût vivant encore et capable d'être institué (L. 3, § 10, *Bonorum possessio contra tabulas*). Le testament n'eût donc pas été rompu par l'omission d'un descendant mort ou devenu incapable du vivant même du testateur, mais au contraire la présence d'un descendant vivant et capable au jour du décès du testateur, bien qu'incapable au moment de la confection du testament, eût suffi, s'il avait été omis, pour en faire annuler les dernières volontés.

3° Il fallait que celui qui, se plaignant d'avoir été omis, demandait la possession de biens, fût l'enfant du *de cujus*, il devait donc sans doute avant qu'elle lui soit déférée, prouver que le *de cujus* était bien son père (L. 8, § 12, *Bonorum possessio contra tabulas*).

De ce qu'il faut un testament valable, il faut conclure que si le *de cujus* a laissé un enfant *suus* qu'il a omis dans un testament où il a institué des étrangers, le testament étant d'ailleurs parfaitement régulier, si les personnes instituées prédécèdent, le testament étant *irritum*, il est inutile, dit Tryphonien, de donner la *bonorum possessio contra tabulas* contre un testament qui devait demeurer sans effet (L. 19, D., *De bonorum possessio contra tabulas*), et les enfants devaient demander la *bonorum possessio unde liberi*. Mais si au contraire tous ou un des héritiers institués avaient survécu au testateur, Marcellus pense que l'on devait demander la *bonorum possessio contra tabulas* (Ulpien, l. 8, § 5, *De bonorum possessio contra*

Digitized by Google

tabulas). Cette demande de la *bonorum possessio* se comprend parfaitement quand le testateur a laissé un fils émancipé, mais quel intérêt peut avoir un fils *suus* qui a été omis, et à qui ce titre de *suus* donne la qualité d'héritier légitime, à préférer à cette qualité celle de *bonorum possessor;* c'est une question à laquelle nous répondrons plus loin.

Étant admis que l'omission entraîne dans une certaine mesure l'équivalent d'une nullité du testament, lorsque l'enfant omis demande au préteur la *bonorum possessio*, recherchons les personnes qui ont le droit de la demander.

Non-seulement avaient droit à la *bonorum possessio contra tabulas* ceux qui n'avaient pas été exhérédés ou l'avaient été irrégulièrement, *inter ceteros* par exemple, s'il s'agissait d'un descendant mâle ou n'avaient été exhérédés qu'à l'égard de l'un des héritiers inscrits ou à supposer que tous les institués du premier degré fissent défaut, n'avaient pas été exhérédés à l'égard du degré subséquent (L. 8, §§ 1-3, *Bonorum possessio contra tabulas*), mais encore certaines personnes, par suite des circonstances, en profitaient souvent bien qu'elles ne pussent de leur chef demander l'ouverture de ce droit.

Il faut que les enfants aient été omis. Si un des enfants est institué héritier, il ne sera pas admis à la *bonorum possessio contra tabulas*, car puisqu'il peut avoir la *bonorum possessio secundum tabulas* à quoi bon lui accorder la première (L. 3, § 11, *De bonor. pos. cont. tab.*). Cependant bien que la *bonorum possessio contra tabulas* n'ait pas été créée dans l'intérêt des descendants institués, elle leur est néanmoins donnée à l'occasion des descendants omis, « *commititur edictum.* » Ainsi le petit-fils ou le

Digitized by Google

fils qui est institué héritier ne peut pas par lui-même demander cette *bonorum possessio;* il sera admis à la demander s'il y a eu un autre fils qui a été passé sous silence, et ce droit lui sera acquis d'une manière définitive encore que plus tard la personne omise ne veuille pas faire usage du droit qu'elle a de la demander (L. 10, § 6, *Bon. pos. cont. tab.*). Et ici la protection prétorienne s'étend sur tous les descendants naturels, non-seulement sur ceux qui étaient restés sous la puissance de leur père, et que par conséquent il ne devait pas omettre, mais encore sur ceux qui étaient entrés dans une famille adoptive et s'y trouvaient encore; mais elle ne s'étend ni à ses descendants par les femmes, ni aux enfants simplement adoptifs qu'il a émancipés ou donnés en adoption, car ils n'étaient plus au nombre de ses enfants (Loi 8, § 12, *De bonor. poss. cont. tab.*), l'émancipation ayant brisé les liens fictifs qui les unissaient. Il faut aller plus loin encore, et dire que les enfants que leur père a donnés en adoption et qui ne sont pas sortis de la famille adoptive à la mort de leur père, et qui, par conséquent, pouvaient être valablement exhérédés par simple omission, étaient admis à se prévaloir de l'omission d'un de leurs frères que le testateur était obligé d'instituer ou d'exhéréder et qu'il avait omis. Il était admis à demander la *bonorum possessio* qui, accordée à l'omis seul, était par lui ouverte à tous.

Veut-on savoir l'avantage qu'il y a pour les institués d'arriver par la *bonorum possessio contra tabulas* plutôt qu'en vertu du testament? Le voici. Outre qu'ils échappent en principe à l'obligation d'acquitter les legs, si on suppose qu'un fils qui se trouve être sous la puissance de son père a été institué pour la douzième partie de la suc-

Digitized by Google

cession et qu'un autre fils émancipé ait été passé sous silence, le fils institué à raison de l'avantage qu'il retire de l'émancipation de ce dernier prendra la moitié de la succession dont il n'aurait touché que le douzième, s'il n'eût point eu ce frère émancipé; il obtiendra donc l'intégralité de sa part héréditaire *ab intestat,* alors même qu'il n'eût été institué que pour une portion modique (L. 8, § 14, *Bon. poss. cont. tab.*).

Le préteur n'a pas cru devoir accorder la *bonorum possessio contra tabulas* aux enfants que le *de cujus* avait exhérédés; pour eux il n'y a d'autre ressource que la *querela in officiosi testamenti,* s'il le juge à propos (L. 8 pr., l. 10, § 5, *De bon. pos. cont. tab.*); situation désavantageuse pour l'enfant, car, tandis que l'omis n'a qu'à dénoncer au préteur la nullité du testament où son père a négligé de l'instituer ou de l'exhéréder, l'enfant qui se plaint d'avoir été injustement exhérédé doit prouver que le testament qu'il attaque est contraire à la piété (*contra officium pietatis*) et détruit tous les rapports de bienveillance qui existent entre le père et le fils.

Du reste une exhérédation quelconque ne prive pas, comme on le sait, le fils du droit de demander *la bonorum possessio contra tabulas,* il faut encore qu'elle soit régulièrement et valablement faite; du moment que le testament est valable et l'exhérédation régulière, l'exhérédé est exclu de la succession paternelle, bien que son père ait omis un héritier sien dans son testament, parce que cette omission n'empêche pas le testament d'être valable. Voici une hypothèse où l'on arrive à un résultat bizarre.

Un père a exhérédé le fils qu'il avait sous sa puissance et passé sous silence un autre fils qu'il avait émancipé. Jusqu'à concurrence de quelle portion le fils émancipé

Digitized by Google

aura-t-il la possession des biens du père? Dans le cas où les héritiers étrangers accepteront la succession civile en vertu de leur institution, l'exhérédation se trouvait ainsi confirmée, l'émancipé obtient seul *la bonorum possessio contra tabulas,* il l'obtient pour le tout; toutefois le *suus* est admis, s'il y a lieu, à exercer *la querela inofficiosi testamenti* et peut ainsi, s'il réussit, lui enlever la moitié de la succession; mais si au contraire ces mêmes héritiers répudiaient la succession, ce à quoi ils se détermineront facilement, parce qu'ils n'ont aucun intérêt à accepter, puisque le fils émancipé obtiendra facilement contre eux *la bonorum possessio contra tabulas,* le testament étant *destitutum,* l'exhérédation perd sa force d'après le droit civil, et, la succession étant déférée *ab intestat,* le fils resté en puissance se trouvera être l'héritier sien de son père. L'émancipé conservera son droit à *la bonorum possessio contra tabulas* qui est réputée donnée *contra lignum;* ils se partageront donc la succession. L'exhérédé serait donc à la discrétion des manœuvres de son frère émancipé et de l'honnêteté de l'institué, qui n'ayant aucun intérêt à accepter la succession pour elle-même, aurait pu exploiter la situation et mettre aux enchères son acceptation ou sa répudiation, si cette iniquité n'avait été prévenue par l'édit qui donnait au *suus la querela* lui assurant, s'il triomphait, la moitié de la succession, et Tryphoninus qui constate ce résultat, ajoute que le *suus* venant en concours avec l'émancipé, sera tout à la fois mieux et moins bien traité que s'il eût été simplement omis; mieux en ce qu'il échappe absolument à l'obligation d'acquitter certains legs dont reste tenu le *bonorum possessor contra tabulas,* moins bien en ce que l'émancipé ne lui doit pas le rapport qu'il de-

Digitized by Google

vrait à un *suus* arrivant comme lui par la *bonorum possessio*, ce qui est justice, car étant exhérédé, le *suus* n'aurait pas succédé sans son intervention (L. 20 pr., § 1, *De bon. pos. cont. tab.*).

De ce qui vient d'être dit, on voit que, ainsi que nous l'avions indiqué tout d'abord, nous considérons la *bonorum possessio contra tabulas* comme la sanction de l'exhérédation prétorienne. Nous avons adopté l'opinion de Savigny qui dit que cette *bonorum possessio* fut créée pour donner aux émancipés et, d'une façon plus générale, aux descendants *non sui*, les mêmes droits que ceux que le droit civil accordait au *suus*.

Il est vrai que d'après certains textes, la loi 1 pr. et § 6, *De bon. poss. cont. tab.*, on a conjecturé que la *bonorum possessio* fut donnée d'abord aux *sui* avant de l'être aux émancipés. On s'est appuyé, pour défendre cette opinion, sur le texte précité d'Ulpien : « In cont. tab. bonor. pos. liberos accipere debemus, sive naturales, sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. » Et l'on a conclu qu'il était évident que ce jurisconsulte n'entendait parler que des enfants en puissance parce qu'on ne pouvait assimiler les enfants adoptifs aux *sui* et leur donner les mêmes droits qu'autant qu'ils étaient encore dans la famille adoptive et sous la puissance de l'adoptant au moment de sa mort. Mais les textes sur lesquels on fonde cette conjecture ne sont pas assez précis pour que l'on puisse en tirer une telle affirmation; ce qui est vrai, c'est que primitivement cette *bonorum possessio* n'avait d'effet certain qu'à l'égard des *sui*, comme on le verra bientôt.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

DANS QUELLES FORMES EST DEMANDÉE LA *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

La *bonorum possessio* devait être demandée par celui qui avait l'intention de se prévaloir de ce titre; on n'était pas *bonorum possessor* de plein droit comme on est héritier; le préteur n'introduisit pas dans la succession prétorienne la distinction des héritiers siens et nécessaires; il considéra tous les héritiers comme s'ils étaient étrangers du défunt. Aussi la possession de biens différait-elle de l'hérédité en ce que cette dernière était quelquefois acquise aux héritiers même malgré eux et à leur insu, tandis que nul, ne peut malgré soi, acquérir la possession de biens. Ainsi, lorsque le testateur avait omis une des personnes qu'il devait instituer ou exhéréder, il fallait demander au préteur la *bonorum possessio contra tabulas.* La demande se faisait en termes solennels; mais en quoi consistait cette solennité, nous l'ignorerons peut-être toujours, car les textes nous font défaut (L. 2 pr., *b. p. s. t.;* l. 1 et 3, C., *Com. de suc.,* VI, 59). Le préteur à Rome, le *præses* dans les provinces, eux seuls étaient revêtus de l'*imperium mixtum,* étaient chargés de déférer la *bonorum possessio* (L. 3, l. 2. *De juris,* II, 1 et l. 2, §§ 1 et s.; XXXVIII, 15). Plus tard, les

Digitized by Google

conditions de la demande furent modifiées par une constitution que Justinien (L. 7, § 3, C., *De cur. fur.*, v, 70) attribue à Constantin. Cet empereur avait décidé que celui qui, par excès d'ignorance, pour cause d'absence ou tout autre motif, aurait négligé de demander la *bonorum possessio* dans le délai légal, serait admis néanmoins à faire encore sa demande : quiconque croira qu'il lui revient quelque chose dans la succession de ses ascendants ou autres proches apprenne que, s'il est reconnu qu'il n'a pas demandé dans les délais prescrits la possession de biens, et ce à cause de sa simplicité habituelle, ou par l'ignorance du fait, ou à raison de son absence, ou de quelque autre motif légitime, il serait encore admis à faire cette demande, parce que nous avons cru devoir par cette loi tempérer, dit cet empereur, la rigueur de l'ancien usage (L. 8, C. IX, *Qui admitt. ad bon. poss.*).

Pareillement, comme ayant déjà prescrit ces vaines subtilités de mots relativement à la possession de biens, nous décrétons que dorénavant il suffira, pour acquérir la succession, d'énoncer ou de déclarer d'une manière quelconque l'intention de l'accepter; quel que soit le juge devant lequel ait été faite cette déclaration et même bien qu'elle l'ait été devant les duumvirs; pourvu toutefois qu'elle ait eu lieu dans les délais établis par l'ancien droit (L. 9, *eod. tit.*).

L'édit accorde aux *furiosi*, sur la demande du curateur, une possession de biens qui fait l'objet d'un décret spécial et que doit remplacer la possession de biens ordinaires lorsque le *furiosus* aura recouvré la raison (L. 65, § 3, D. XXXVI, 1; l. 18, Cod. VI, 30) et pourra la demander lui-même (L. 12 pr., D. XXXVII, 1). Un muet, un sourd, un aveugle, s'ils conçoivent ce qu'ils font, peuvent deman-

Digitized by Google

der la *bonorum possessio* (L. 2, XXXVII, 3, *De bon. possess. fur infant.;* D., l. 2, D. XXIX, 2). Mais un impubère ne peut ni demander la possession des biens, ni recevoir un jugement sans l'autorisation de son tuteur, parce que le tuteur peut aussi bien la demander pour son pupille que le père le peut pour son fils (L. 7, § 1, Ulpien, lib. 1, *ad Sabin.*).

Conformément aux dispositions de l'édit du préteur, on refuse la possession de biens à ceux qui ont subi une condamnation capitale sans avoir été restitués dans tous leurs droits; est réputée condamnation capitale celle qui emporte peine de mort ou interdiction de l'eau et du feu; mais celui qui n'a été que relégué peut être admis à la possession de biens.

On peut acquérir la succession prétorienne ou par soi-même ou par un autre.

L'on peut demander ou accepter la succession prétorienne par un autre, il s'ensuit que si quelqu'un a sans mandat exprès de moi réclamé la possession de biens que que j'ai depuis ratifiée moi-même ce qu'il a fait, cette possession de biens me sera légalement acquise; mais si je viens à mourir avant la ratification, il n'y a pas de doute que la succession prétorienne ne m'appartiendra pas, parce que je n'ai pas ratifié et que mon héritier n'a pas cette faculté, puisque le droit de demander la succession prétorienne ne lui est pas transmissible.

Mais dans quel temps faut-il que cette ratification ait lieu. Suivant africain lorsqu'une succession prétorienne est acceptée par un autre que par l'héritier légitime elle doit être ratifiée dans le temps utile, c'est-à-dire quand il y a encore lieu d'en former la demande; on ne sera donc plus admis à la ratifier après l'expiration de cent jours.

Digitized by Google

Mais si celui au nom et à l'insu duquel un autre a demandé la possession de biens est venu à décéder, son héritier ne pourra même pendant le temps de la demande la ratifier (L. 7, 55, D., liv. 3, *Sententia Paul*).

Si celui au nom duquel elle est formée par un autre, est mort avant de l'avoir ratifiée en supposant qu'il fût en démence, son défaut de ratification se supplée par une interprétation favorable de la rigueur du droit; c'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Paul en ces termes : Toutes les fois que celui au nom duquel un autre a demandé la possession de biens se trouvera en démence, il a paru plus équitable de le présumer l'avoir ratifiée, car cette ratification est nécessaire pour la ratification de la première demande, puisque cette possession qui aurait été demandée en son nom, l'eût été inutilement s'il n'en avait depuis ratifié la demande (L. 16, Paul, liv. 3, *Sententia*).

Mais faut-il étendre ces règles à l'enfant qui n'a pas encore l'usage de la parole et au nom duquel son tuteur a demandé ou accepté la succession prétorienne (L. 2, § 13, D. XXXVIII, 17)? Non, évidemment, car il n'y a pas de doute que la succession prétorienne qui a été demandée ou acceptée au nom d'un enfant qui n'a pas encore l'usage de la parole et qui est mort avant de l'avoir, lui sera valablement acquise (L. 3, C. VI, 9, *Qui amitt. ad bon. poss.*).

Toutefois si un tuteur a demandé la possession de biens pour et au nom de son pupille, et que cette possession de biens lui ait été plus onéreuse que profitable, le tuteur en sera tenu par l'action de tutelle (L. 2, Gaius, liv. 14, *ad ed. prov.*).

La succession prétorienne ne peut être demandée qu'après avoir été déférée; ainsi si un individu est venu à

Digitized by Google

mourir sans qu'on sache s'il est père de famille ou fils de famille, par exemple parce que son père fait prisonnier chez l'ennemi est encore vivant, ou parce que son état est en suspens pour toute autre cause, le mieux est de dire qu'il n'y a pas lieu à accorder la possession de biens parce que rien ne démontre qu'il soit mort *intestat*, puisqu'on ignore s'il avait la faculté de tester; ce ne sera donc qu'après la certitude acquise de son état que l'on sera admis ou non à demander la succession prétorienne suivant qu'il sera ou non mort *intestat*.

Pour protéger les légataires intéressés et surtout les créanciers du *de cujus*, le préteur avait décidé que la demande de la *bonorum possessio* devait être faite dans des délais déterminés et fatals comme ceux que le *jus deliberandi* accordait aux héritiers externes. Si, le dernier jour écoulé, l'appelé *jure pretorio* n'avait pas adressé sa demande, il perdait le droit de la faire. Les ascendants et les descendants du défunt étaient exceptionnellement un an pour faire leur demande, les autres *bonorum possessores* n'avaient en effet qu'un délai utile plus court, cent jours (Ulpien, 38, § 10).

Si les ascendants et les descendants ont un délai plus long, a-t-on dit pour expliquer cette faveur, c'est qu'ils arrivent à des biens qui pour ainsi dire leur appartenaient déjà *in honorem sanguinis* (L. 1, § 12, D. XXXVIII, 9). Si Justinien nous indique le délai qu'avait fixé le préteur (*Inst.*, § 8, *Bon. poss.*), il ne nous en indique pas le point de départ, ce délai part seulement du jour où il a été possible de demander la *bonorum possessio* et est suspendu tant que l'appelé ignore sa vocation ou se trouve dans l'impossibilité de l'invoquer (Loi 5, *Qui admitt. ad bonor. poss.*, VI, 9). Mais il ne faudrait pas assimiler

Digitized by Google

les délais qu'avait le *bonorum possessor* pour faire sa demande à une véritable crétion; celle-ci constitue un terme imposé par le testateur aux délibérations de l'héritier externe; car si le testateur peut modifier la durée de ces délais, il n'en est pas de même de ceux que fixe l'édit.

La déchéance qui résulte de l'expiration des délais ne peut pas être évitée en invoquant une erreur de droit; du moment que l'on sait que la succession est ouverte et qu'on est le plus proche parent du *de cujus,* on ne peut pas objecter, si on laisse passer les délais, qu'on ignorait l'ouverture de la possession de biens à son profit (L. 10 D. XXXVII, 1); mais l'erreur de fait arrête le cours des délais. Il faut ajouter que ce délai n'est pas continu, qu'il est utile, c'est-à-dire qu'ayant une fois commencé à courir on ne compte pas tous les jours du calendrier, mais seulement ceux où le véritable intéressé a pu demander la *bonorum possessio,* comme nous le dit Justinien (*Inst.*, § 9, *in fin., de bon. pos.,* et Ulpien, l. 2, D. XXXVIII, 15).

Les enfants qui ont consenti l'exécution du testament de leur père ne seront point admis à la succession prétorienne ou possession des biens; ainsi l'enseigne Africanus. De deux fils émancipés, l'un a été institué et l'autre passé sous silence; suivant Julien, si le fils institué a accepté la succession civile, il ne sera plus admis à demander la succession prétorienne, la raison en est que ce fils a consenti à l'exécution des volontés de son père; et en effet le préteur n'admettrait pas également à la possession des biens du père le fils émancipé qui aurait demandé la délivrance d'un legs qui lui aurait été fait par son père. Toutefois il faut remarquer qu'il conserve alors les droits que le testament a pu lui conférer à la condition

Digitized by Google

toutefois que la portion pour laquelle il a été institué ne soit pas plus forte que celle qu'il aurait eue s'il eût demandé la *bonorum possessio*, et cependant s'il avait été institué pour une part moindre, il ne pourrait retenir que cette part, et resterait néanmoins tenu d'acquitter avec les autres successeurs prétoriens les legs qui ont été faits.

Voici quelque cas où l'on est censé avoir approuvé la volonté du défunt. Si l'un des enfants n'a pas été lui-même institué héritier, mais son propre esclave, et qu'il lui ait donné ordre d'accepter la succession civile (L. 3, §§ 15-16, *de b. p. c. t.* D. XXXVII, 4), si on lui a laissé le choix entre le legs fait à lui-même et celui qui a été laissé à son esclave.

Mais on ne peut être censé avoir approuvé le contenu du testament pour cela seul qu'on l'a fait par nécessité ou forcément, par exemple, en acceptant d'après l'ordre de celui sous la puissance duquel on est. C'est pourquoi si un fils donné en adoption après avoir accepté la succession par l'ordre de son père adoptif a été émancipé, il pourra ensuite obtenir à la possession de biens; mais s'il avait volontairement accepté le legs qu'on lui a fait, ou la portion héréditaire qu'on lui a laissée, il ne serait plus admis à demander la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 8, § 3, D. XXXVIII, 2).

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE LA *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

L'omission d'une personne que le préteur avait assimilée aux *sui* et aux posthumes, annulait sur sa demande le testament, et la *bonorum possessio contra tabulas* lui était déférée, non pas pour le faire rescinder puisqu'il était nul, mais pour le faire déclarer nul. Cependant, bien que d'après les principes généraux la nullité d'un acte doive s'étendre sur toutes les dispositions qu'il contient et les annuler, le testament continuait à produire tous les effets qui ne blessaient pas les droits des personnes appelées par le préteur. Grâce à une large interprétation de la règle, le testament se dédoublait pour ainsi dire, il était nul pour permettre aux omis de prendre la part qu'ils eussent reçue si leur père était mort *intestat,* mais valable sauf la réserve pour certaines personnes des dispositions contenues dans le testament (L. 8, § 14, D. XXXVII, 4).

Nous allons examiner les dispositions qui survivaient au testament et celles qui s'évanouissaient avec lui.

Survivaient au testament :

1° *Les héritiers avec tous leurs effets.* — Cette disposition, en effet, n'avait rien d'incompatible avec les droits des personnes appelées par le préteur, bien plus, même

Digitized by Google

elle était avantageuse pour le *bonorum possessor* qui n'avait pas à subir le concours de l'exhérédé (L. 8 pr.; l. 10, § 5, *b. p. c. t.*).

2° *La tutelle testamentaire.* — Nous n'avons pas de texte qui nous le dise positivement; cependant, à notre avis, on peut admettre cette opinion, car, dans le titre *De confirmando tutore vel curatore,* nous voyons que si, par exemple, le père a donné le tuteur dans un testament ou dans un codicille non valable, bien que, selon le droit strict, le tuteur ne soit pas valablement donné, le magistrat doit cependant en confirmer la nomination.

3° *Certaines institutions d'héritier.* — Lorsque l'institué était un ascendant, un descendant naturel ou adoptif, sans distinction de sexe ou de degré, la femme ou la bru du testateur, Antonin le Pieux maintint l'institution parce que, suivant l'expression de ce prince, comme le legs et le fidéicommis, et mieux qu'eux l'institution témoignait de l'affection du testateur pour un membre de sa famille (L. 5, § 6, D. XXXVII, 5).

4° *La substitution pupillaire.* — La règle, en effet, est que la substitution pupillaire s'évanouit du jour où il est certain que le père n'aura pas d'héritier testamentaire (L. 2 pr.; l. 10, § 4, *De vulg. et pup. subst.*), et la loi 34, § 2, D. XXVIII, 6) nous dit que la substitution sera maintenue, bien que le testament ait été écarté par la *bonorum possessio contra tabulas.* Ces deux idées qui, à première vue, semblent se contredire, s'expliquent très aisément. Nous allons voir dans un instant que la *bonorum possessio contra tabulas* fait, en général, tomber tous les legs, mais elle ne les fait pas tomber tous; elle en maintient quelques-uns; on ne peut pas dire que l'institution d'héritier tombe complètement, et cet effet

Digitized by Google

conservé à l'institution suffit pour conserver la substitution pupillaire (L. 1 pr., *De leg. præst.*, XXXVII, 5).

S'évanouissaient, au contraire, les dispositions suivantes :

1° *Institution d'héritier externe.* — Dans la mesure où la *bonorum possessio* est demandée et accordée, l'institution tombe; pour que la personne omise pût prendre la part qu'elle eût recueillie *ab intestat,* comme héritier légitime, il était nécessaire que l'héritier externe fût écarté, puisque sa présence eût empêché le *bonorum possessor* d'acquérir toute l'hérédité (Gaius, II, § 126).

Si cette règle avait été appliquée dans toute sa rigueur, on fût arrivé à effacer toute la différence que le droit civil avait créée entre le fils et les *ceteræ personæ.* On sait que l'omission des *ceteræ personæ* ne rompait pas le testament; omises, ces personnes n'avaient d'autre ressource que le *jus accrescendi* qui ne leur donnait qu'une part héréditaire et ne les soustrayait pas à la charge des legs. Les descendants du sexe masculin avaient été assimilés aux *sui filii,* et leur omission, quelque fût leur degré, empêchait absolument l'exécution du testament. Il en fut de même à l'origine pour la fille omise, mais plus tard, un rescrit d'Antonin le Pieux modifia ce système, et l'omission des femmes laissa subsister le testament; elles n'eurent, comme autrefois, que la ressource de faire réduire le droit des institués et furent obligés d'acquitter les legs proportionnellement à leur part héréditaire. L'omission des femmes ne faisait donc pas tomber les institutions, elles n'avaient que le droit de concourir avec les institués, et comme elles ne pouvaient pas prendre une part plus forte que celle qu'elles eussent obtenue par le *jus accrescendi* en pré-

Digitized by Google

sence d'étrangers, elles ne recevaient que la moitié de l'hérédité.

Le rescrit d'Antonin ne visait à l'origine que les femmes *suæ heredes;* c'étaient les seules, en effet, dont l'omission entraînait le *jus accrescendi,* mais toutes les femmes émancipées ou *sui juris* leur furent assimilées.

2° *Legs.* — La règle était que le *bonorum possessor* prenait sa part franche de tout legs, et par ce mot, il faut entendre non-seulement les legs, mais encore les fidéicommis, les donations à cause de mort; toutes ces libéralités s'évanouissaient par la demande de la *bonorum possessio contra tabulas.* Ce qui a porté le préteur à soumettre les legs et les donations à cause de mort aux mêmes règles, c'est leur caractère commun. La donation à cause de mort, comme le legs, est un acte fait en vue du décès, et révocable au gré du donateur jusqu'à ce moment.

Par exception, cependant, les enfants qui ont obtenu la *bonorum possessio contra tabulas* sont obligés à payer les legs à certaines personnes comprises dans l'édit; il faut toutefois en excepter l'héritier sien que le testateur avait sous sa puissance et qu'il a omis. Cet enfant ne sera pas tenu de payer les legs, lors même qu'il aurait demandé la *bonorum possessio contra tabulas.* La raison en est que le testament étant nul de droit par son omission, même dans le cas où il n'eût pas demandé la *bonorum possessio,* il n'en aurait pas moins eu, en sa qualité d'héritier, la succession civile *ab intestat.*

Si deux enfants, l'un émancipé, l'autre resté en puissance ont été passés sous silence, l'émancipé sera-t-il tenu de payer les legs?

Suivant quelques jurisconsultes, l'émancipé lui-même

Digitized by Google

ne sera pas tenu de payer les legs, parce que le testament n'étant pas valable à cause de l'omission de son frère, c'est à son frère qu'il prend effectivement la moitié de la succession et non à l'héritier écrit, car si lui, émancipé, n'existait pas, toute la succession eût appartenu à son frère. Tryphoninus et Ulpien ont l'air de trouver plus juste que le fils émancipé soit tenu de payer sur sa part et portion les legs faits aux descendants ou ascendants; non pas cependant en entier, mais pour moitié, à cause de la moitié de la succession que recueille le fils resté en puissance.

Lorsque les enfants sont admis à la possession de biens *contra tabulas,* ils ne sont tenus de payer les legs qu'à leurs ascendants et descendants (L. 1, C. VI, 12, *De bonorum possessio contra tabulas*).

Les legs seront donc payés à tous ceux qui se trouvent être dans la ligne directe à l'infini; le préteur n'a non plus admis de différence entre les personnes, et il n'a pas cru devoir les distinguer par leur sexe : ainsi donc, tous ascendants et descendants seront admis à demander leur legs pourvu que les liens de parenté ou du sang existent entre eux.

On ne doit que ce qui a été légué directement aux ascendants et descendants eux-mêmes; et si ce legs a été fait à leur esclave ou à l'individu soumis à leur puissance, il ne sera pas dû, car il ne s'agit pas en ce cas de savoir à qui le legs a été acquis, mais quel est celui que le testateur a voulu honorer ou gratifier de sa libéralité (L. 3, § 2, Ulpien, D. XXXVII, 9).

Si un testateur a fait un legs à sa femme ou à sa bru en sus de sa dot, celui qui aura obtenu la *bonorum possessio contra tabulas* ne sera pas tenu de le payer (L. 8,

Digitized by Google

§ 3, D. XXXVII, 5). L'édit du préteur ne s'étend pas davantage à ce qui a été légué pour tenir lieu de la dot, bien que d'après les principes ordinaires qui régissent les legs, le mari qui n'a pas reçu de dot et qui lègue à sa femme sa maison en paiement d'une dot qu'il dit avoir reçue et dont il fixe la quotité, fait un legs régulier (L. 3, D. VI, 44). Mais la possession de biens rescinde une disposition de cette nature comme étant une violation du devoir imposé au testateur de réserver les biens à ses ascendants et à ses descendants.

Celui qui demande la possession des biens n'est pas tenu d'acquitter tous les legs que le testateur a faits dans tous les degrés de l'institution ; mais ceux-là seulement qui sont faits dans le degré d'institution contre lequel il a obtenu la possession de biens. Cependant on peut quelquefois obtenir la possession de biens contre un des degrés de l'institution et être tenu de payer les legs faits dans un autre degré; tel est le cas où un testateur ayant fait deux degrés d'institution et passé sous silence son fils émancipé, a cependant dans chaque degré d'institution fait des legs à ses ascendants et descendants. Voici ce que dit Julien à cet égard. Si quelqu'un des héritiers institués dans le premier degré est encore existant, celui qui aura obtenu la possession des biens paiera les legs faits dans le premier degré, et non ceux qui ont été faits dans le second degré, parce que le second degré est exclu par l'institué; s'ils ont tous cessé d'exister, il paiera les legs qui ont été faits dans le second degré et non dans le premier; en effet la *bonorum possessio* ne peut être demandée contre les héritiers écrits du premier degré puisqu'il sont déjà morts avant le testateur, si tous les héritiers institués sont morts après le testateur et avant l'accep-

Digitized by Google

tation de la succession, c'est bien à la vérité contre eux que paraît avoir été formée la demande en possession de biens; cependant celui qui l'aura obtenue ne sera pas tenu de payer les legs dont ils étaient chargés, mais seulement ceux dont étaient chargés les substitués, parce que ce n'est pas par la *bonorum possessio contra tabulas* qu'ont été exclus les institués, mais par leur mort prématurée, tandis que c'est au contraire la *bonorum possessio* qui a exclu les substitués (L. 10, § 2, *fin.* Ulpien, liv. XL, *Ad. ed.,* D. XXXVII).

Le préteur a voulu que l'on payât les legs à tous les enfants excepté à ceux à qui il accorde la possession de biens; car, en la leur accordant, il n'a pas entendu les admettre à demander les legs qui leur ont été faits; l'enfant doit donc délibérer sur le parti qu'il droit prendre; c'est-à-dire s'il demandera la possession des biens ou s'il préfère réclamer le legs; s'il opte pour la possession de biens, il n'aura pas de legs; s'il se détermine pour le legs, il ne sera pas admis à la *bonorum possessio* (L. 5, § 2, Ulpien, liv. XL, *Ad. ed.,* l. 22, Papin., liv. V, *Respons.*). On refuse à l'enfant qui a obtenu la *bonorum possessio contra tabulas,* non-seulement le legs qui lui a été fait, mais encore tout ce qu'il se trouverait d'ailleurs tenir de la volonté ou de la libéralité du testateur. Conformément à ce principe, Julien dit : « Si l'enfant qui a été substitué à son frère impubère a obtenu la *bonorum possessio contra tabulas,* on lui refusera, ce frère venant à mourir, l'action pour demander sa succession » (L. 5, § 4, Ulpien, liv. XL, *Ad. ed.*).

Le paiement des legs s'exécute toutefois sous la garantie de ces deux règles : 1° il ne faut jamais que les legs entament la quarte Falcidie (L. 5, § 1, D. XXXVII, 5);

Digitized by Google

2° aucun des successeurs privilégiés ne peut prendre à quelque titre que ce soit, une part de biens supérieure à celle d'un possesseur de biens *contra tabulas* (L. 6 *in fin.*, L. 7, D. XXXVII, 5). C'est dire que le *suus* et les personnes privilégiées sont exposées à une réduction éventuelle si leur émolument est excessif. Cette dernière règle n'était pourtant pas consignée dans l'édit. Julien, le premier, l'appliqua aux legs et Antonin le Pieux l'étendit aux institutions d'héritier.

Jusqu'à présent nous avons tenu compte de la personne gratifiée, mais voici d'autres espèces où les legs seraient maintenus sans qu'on ait à s'occuper de la qualité du légataire.

Lorsque la *bonor. pos. c. t.* appartient à des descendantes omises elles sont réputées être héritières testamentaires et elles ont, nous le savons déjà, le *jus accrescendi.* Étant réputées instituées, on les soumet proportionnellement à la part qu'elles prennent à l'acquittement des legs et autres charges de la succession (L. 4, C. *De lib. præt.*, VI, 28). L'hypothèse serait plus délicate si on supposait un fils et une fille omis. Je crois que dans ce cas la fille ne serait pas tenue des legs, car le testament serait nul, sinon on violerait la règle *nemo partim testatus, partim ab intestatus.*

Si l'on suppose un testateur qui a laissé deux enfants tous deux émancipés ou tous deux en puissance et qu'il ait institué l'un et omis l'autre. Si celui qui est omis ne demande pas la *bonorum possessio,* et que l'institué la demande, il restera, quoiqu'il l'obtienne, grevé des charges que le testateur lui a imposées (L. 14 pr., *De leg. præst. c. t.* L. 17, *De inj. nupt.*, XXXVIII, 3), parce que, dit Papinien, *licet subtilitas juris refragari videtur.*

Digitized by Google

Mais l'effet le plus original de la *bonorum possessio contra tabulas* était, il nous semble, le rapport qu'avait institué le préteur pour corriger ce qu'il y eût eu d'injuste sans cela dans les règles qu'il venait d'établir pour combattre une injustice. En effet, le préteur appelait à la succession de leur père, malgré la présence des héritiers siens, *jure civili,* des descendants qui, d'après le droit civil, n'y avaient aucun droit et qui cependant, grâce à lui, concouraient avec eux. Le préteur réparait ainsi l'injustice du droit civil, mais il fallait en éviter une autre. D'après la constitution quiritaire de la famille, les enfants restés en puissance ne pouvaient en principe rien acquérir en propre, ils travaillaient pour accroître le patrimoine du défunt, le préteur appelant les émancipés à ce patrimoine, leurs acquisitions, fruits de leur travail personnel, allaient donc se partager entre eux et les descendants émancipés, tandis que les émancipés devenus ainsi *sui juris* avaient pu acquérir un patrimoine propre et se trouver à la tête d'une fortune qui, sans leur émancipation, eût appartenu à leur père et se serait à son décès partagée entre tous ses descendants. C'est pour prévenir ce résultat que le préteur, en rescindant la *capitis deminutio* à l'effet de faire participer les émancipés à la succession des biens paternels, devait donner aux *sui* un droit de concourir sur des biens qui, sans l'émancipation, eussent appartenu à leur père (L. 1 pr., XXXVII, 6, *De coll., bon. D.*), si bien que, grâce au rapport, si les émancipés profitaient des biens acquis au *de cujus* par l'intermédiaire des enfants restés en puissance, les enfants en puissance profitaient des biens acquis par les émancipés. Du motif même qui fit créer le rapport découlent deux conséquences : la première, c'est que tous les biens

Digitized by Google

n'étaient pas rapportables, la deuxième que le rapport n'était dû qu'aux enfants en puissance.

1°-Quels biens sont dispensés du rapport?

Le rapport comprenait tout l'ensemble du patrimoine de l'émancipé qui, sans son émancipation, se trouverait aujourd'hui dans la succession paternelle, mais il ne s'appliquait qu'à ces biens seulement, ce qui excluait les choses qu'un fils de famille n'eût pas acquises à son père, le pécule *castrense* et *quasi-castrense* (L. 10, D. XLIX, 17). Ces pécules demeuraient propres au fils de famille *in potestate* et étaient sa propriété exclusive. Il n'y aurait eu aucune raison pour mettre à la charge de l'émancipé le rapport des biens qu'il aurait pu acquérir s'il était resté *in potestate* et que les copartageants non émancipés ont acquis eux-mêmes (L. 1, § 15, D. XXXVII, 6).

L'obligation du rapport ayant pour base le préjudice que le successible qui en est tenu cause à ses copartageants en concourant avec eux (L. 1, § 5, D. XXXVII, 6), c'est à l'étendue de ce préjudice que se mesure l'étendue de son obligation. Pour reconnaître les biens qui sont l'objet du rapport, on doit se reporter à l'époque du décès. Les biens acquis postérieurement ne sont pas rapportés. Mais le rapport comprend tout ce qui compose le patrimoine de l'émancipé, les créances comme les biens corporels, les droits éventuels comme les droits existants, les biens donnés par le *de cujus* ou par des tiers, et les biens acquis à titre onéreux.

2° Le rapport n'est dû qu'aux enfants en puissance (L. 3, § 3, D. XXXVII, 6), la raison en est que le concours des émancipés ne nuisant qu'à eux, à eux seuls devait être due une compensation; ce n'était que contre eux qu'on avait créé la fiction de la rescision de l'émancipation;

Digitized by Google

entre les émancipés elle n'était pas réputée rescindée, chacun ayant été à même de se créer un patrimoine, il était juste de ne pas faire profiter du travail de l'un l'inertie de l'autre, et créer une source d'inégalité entre descendants que le droit civil excluait également.

Le *suus,* en concours avec plusieurs émancipés, se trouvait ainsi traité.

Soit un *de cujus* laissant deux enfants en puissance et un patrimoine de 800, et deux émancipés dont la fortune particulière de l'un est de 200 et celle de l'autre 100. Chacun des enfants prend 200 sur les biens du père. Puis chacun des émancipés fera de son patrimoine trois parts, deux pour les enfants *in potestate,* et l'autre pour lui-même (L. 1, § 24; L. 3, § 2, *De collat.,* D. XXXVII, 6). Mais si le rapport est dû au *suus,* il ne lui est pas toujours dû, il faut en effet que le *bonorum possessor* lui cause un préjudice.

Un père de famille a deux fils : Primus et Secundus. Primus est resté sous sa puissance, Secundus a été émancipé; il avait deux enfants nés ou conçus lors de son émancipation et qui sont restés sous la puissance de leur aïeul jusqu'à sa mort. Dans cette situation, le père de famille meurt *intestat;* comment se partagera la succession? D'après le droit civil, Primus et les enfants de Secundus se partageraient la succession par moitié. D'après le droit prétorien, Primus conserve sa moitié, et l'autre moitié se divise entre les enfants de Secundus *heres sui* et Secundus leur père, un quart pour chacun. A qui Secundus devra-t-il faire le rapport de ses biens? Ce n'est pas à Primus, son frère, resté en puissance, car Primus conservant toujours la moitié de la succession, ne souffre pas de ce que Secundus est appelé par

Digitized by Google

le préteur, et comme il recueille la moitié afférente à sa souche, le rapport ne lui est pas dû; ce n'est qu'à ses propres enfants que Secundus fait tort en venant à la succession; en prenant un tiers de leur part, ce n'est que la leur qu'il diminue, ce n'est donc qu'à eux seuls que le rapport est dû (L. 1, § 13, D. XXXVII, 8). Ce n'est pas seulement le descendant mâle émancipé qui est soumis au rapport, il faudrait en dire autant de la fille émancipée (L. 1, § 2, D. XXXVII, 7).

Lorsque l'intervention du *bonorum possessor* profite au fils *in potestate,* le rapport ne lui est pas dû. Ainsi un *suus* est institué pour un quart de l'hérédité, tandis qu'un héritier externe l'est pour les trois quarts, le *de cujus* a de plus, par hypothèse, omis un émancipé. Grâce à la présence de l'émancipé, le *suus,* s'il n'a pas fait adition, aura la moitié de l'hérédité; il eût été inique de permettre à l'héritier sien d'exiger le rapport de celui qui, loin de lui nuire, lui faisait obtenir une portion plus forte que sa part héréditaire. Rien n'eut justifié une telle prétention (L. 8, § 14, D. XXXVII, 4).

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

DE L'INTERDIT *QUORUM BONORUM* ACCORDÉ AU *BONORUM POSSESSOR CONTRA TABULAS.*

Le *bonorum possessor contra tabulas* l'emportait-il contre ses adversaires seulement en possession, ou leur était-il préféré même au pétitoire? En d'autres termes, la *bonorum possessio* était-elle *cum re* ou *sine re?* C'est le point que nous allons étudier, tout en rappelant les principes sur cette classification des *bonorum possessiones.*

L'origine de la *bonorum possessio* nous fait aisément comprendre la consistance de la *bonorum possessio sine re* de la *bonorum possessio cum re.* Nous n'avons en effet qu'à nous rappeler que primitivement le préteur était simplement chargé de fixer entre deux plaideurs qui prétendaient à l'hérédité, le rôle qu'ils auraient à jouer *in judicio* et à indiquer celui des deux qui serait demandeur et celui qui serait défendeur. Dans ces conditions la *bonorum possessio* devait toujours être donnée *sine re* excepté dans deux cas : 1° lorsque celui qui demandait la *bonorum possessio* était en même temps héritier d'après le droit civil; 2° lorsqu'il n'y avait pas d'héritier d'après le droit civil, par exemple, si le *de cujus* était mort *ab intestat* en ne laissant que des

Digitized by Google

cognats, le plus proche cognat qui demandait la possession de biens l'obtenait *cum re*.

Que ceci ait bien été la règle originaire, pas de doute (L. 13 pr., D. XXXVII, 4; Gaius, II, § 119, 120, 126, 148; III, § 26), car elle correspondait bien au rôle du magistrat : indiquer les rôles des plaideurs et non pas les juger.

Mais lorsqu'ayant cessé d'être un moyen de procédure la *bonorum possessio* fut devenue une succession prétorienne, il est bien évident que les cas dans lesquels devait être donnée la *bonorum possessio cum re* arrivèrent à être d'autant plus nombreux, qu'il était plus naturel que le préteur eût une secrète préférence pour un ordre successoral qu'il avait créé.

Les textes nous manquent pour étudier la marche et les progrès du préteur; mais cependant vu le développement qu'avait déjà pris la *bonorum possessio* au moment où apparut l'exhérédation prétorienne, nous croyons pouvoir dire que si à l'origine le préteur n'osa accorder que *sine re* la *bonorum possessio contra tabulas,* du moins ne tarda-t-elle pas à devenir *cum re;* et nous appuyons cette opinion sur les raisons suivantes :

En créant la *bonorum possessio contra tabulas* le préteur a bien évidemment eu l'idée de corriger le droit civil puisqu'il considérait comme non existante la *minima capitis deminutio* encourue par l'émancipé, diminution de tête qui *jure civili* l'excluait de l'hérédité. La fille omise, nous l'avons déjà vu, enlevait *jure civili* la moitié de la succession aux étrangers institués par son père et *jure prætorio* latotalité. Un rescrit d'Antonin décida que les filles omises ne pourraient pas obtenir plus par la *bonorum possessio contra tabulas,* que ce qu'elles eussent obtenu par le *jus accrescendi* et Gaius,

Digitized by Google

II, § 126, nous dit qu'on assimila aux filles restées en puissance les filles émancipées. Que nous prouve cette assimilation, sinon que les filles émancipées obtenaient la *bonorum possessio cum re;* car du moment qu'on limitait leurs droits c'est qu'elles en avaient évidemment. On n'aurait pas songé à soumettre les descendantes émancipées au rescrit d'Antonin, si elles n'avaient eu qu'une possession inefficace.

On peut encore invoquer ce passage de Gaius où l'on voit que le préteur appelle à la succession tous les *liberi qui legitimo jure deficiuntur,* comme s'ils étaient restés en puissance et sans s'inquiéter s'ils sont seuls, ou si, au contraire, il existait avec eux *des sui heredes* (Gaius, III, § 26).

De plus, à une époque antérieure à celle d'Antonin, l'édit perpétuel rédigé sous Adrien nous montre que la *bonorum possessio contra tabulas* emportait l'obligation d'acquitter certaines charges, charges auxquelles étaient soustraits les *sui* (L. 15 pr., *De leg. præst. c. tab.*), c'est par conséquent les émancipés qui sont soumis à ces charges; cette obligation à laquelle on les soumet n'emporte-t-elle pas implicitement l'idée qu'ils avaient dû recueillir quelque chose et Julien, le rédacteur de cet édit, ne se serait pas ainsi exprimé si la *bonorum possessio* avait été donnée *sine re* à l'émancipé : « Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petendi cogendus est et prædia et servos hereditarios præstare : omne enim jus transferi æquum est quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscuntur, ad eum quem Prætor heredis loco constituit (L. 13 pr., D. *de b. p. c. t.*).

Si nous n'avons envisagé la question que par rapport

Digitized by Google

aux *non sui,* c'est que ce n'était que vis-à-vis d'eux qu'elle pouvait se soulever. Les *sui omnis* étaient en effet héritiers de par le droit civil et comme le préteur, en les appelant à la succession, ne faisait que confirmer ce droit, on se trouvait ainsi placé dans un des cas exceptionnels où la *bonorum possessio* était de tout temps déférée *cum re;* il n'y avait donc pas de doute à avoir pour eux, aussi est-ce par l'assimilation des émancipés aux *sui* que nous avons essayé de prouver que les uns comme les autres ont dû obtenir la *bonorum possessio contra tabulas cum re.*

Tous les textes nous disent à l'envi que bien que le préteur ait donné à telle personne la *bonorum possessio* pour la faire parvenir à une hérédité, cette personne n'est pas, à proprement parler, un héritier. Telle est l'opinion de Vinnius Just., *Inst.,* liv. III, titre IX, § 5 et M. Demangeat expose la même doctrine : « La *bonorum possessio* est à l'*hereditas* ce que l'*in bonis* est au *dominium ex jure quiritium* » (*Cours de dr. rom.,* t. II, p. 77). Ceux que le préteur appelle à l'hérédité, dit Gaius, ne sont pas héritiers; car le préteur ne peut pas leur donner le titre d'héritier. On l'acquiert seulement en vertu d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale. Toutefois, par la possession de biens, le successeur est assimilé à l'héritier (III, § 32). Quelle était donc la situation de ce successeur prétorien qui était héritier sans l'être? Quelle espèce de propriété va-t-il avoir sur les biens du *de cujus?* Le domaine quiritaire est la propriété légale; la loi peut seule déterminer les conditions de son acquisition. Si donc le préteur déclare que tel acte fera acquérir la propriété, tandis que la loi ne lui attribue pas un pareil effet, ce n'est pas la propriété parfaite, le

Digitized by Google

dominium ex jure quiritium qui a été promise, c'est l'*in bonis*, la propriété prétorienne destinée, par l'usucapion, à se transformer en domaine quiritaire. Le préteur évidemment ne pouvait pas avoir le droit de faire un *dominus*, tous les textes lui refusant celui de faire un *heres*. Le *bonorum possessor*, dit Savigny (*Vermische schrift*, II, p. 234), était propriétaire bonitaire des biens dont le défunt avait le *dominium*. Nous ne restreignons donc pas les droits du possesseur de biens, au point d'en faire avec Cujas un simple possesseur : « Bonorum possessio tribuit possessionem tantum, dit-il, aditione vero dominium hereditatis tribuit » (*Recit. solem. in Pand.*, liv. XXXVII, t. I). La possession de biens, d'après cet ancien auteur, deviendrait donc par le seul fait de l'adition, d'un simple droit de possession qu'elle était, un véritable droit de propriété. Mais d'abord, qu'est-ce ici que l'adition? Dans les possessions de biens, ce ne peut être que la demande adressée au magistrat, suivie de la concession faite par ce dernier. Or, prétendre que, avant toute demande, on ait un droit de possession, c'est dire que l'on est possesseur *ipso jure*, ce qui est évidemment contraire tant à la nature de la possession de biens, qu'à la nature de la possession ordinaire elle-même. Ce n'est plus voir dans la demande qu'une simple formalité. Quel serait, en effet, dans ce système, le résultat d'un refus, sinon de laisser dans le patrimoine de ce prétendant repoussé, à l'état de droit pur, ce droit de possession que la propriété ne viendrait jamais compléter? Que serait une possession de droit? La possession est avant tout un fait : possède qui détient. Cujas aurait-il été jusqu'à dire, qu'avant d'obtenir la possession de biens, le successeur peut se saisir des objets qui la composent? Non, sans doute. S'il nous

Digitized by Google

fallait reconnaître au possesseur de biens un droit quelconque, antérieur à la demande et susceptible d'être modifiée par elle, nous dirions plutôt : un droit de propriété appartient à ceux que l'édit désigne comme devant être possesseurs de biens; dès que la demande a été accueillie par le préteur, ce droit se fixe sur les biens dont la possession est acquise au moyen de l'interdit *quorum bonorum* et se change par le laps de temps en une propriété quiritaire. Mais, à notre avis, le *bonorum possessor,* sans droit avant d'avoir reçu la possession de biens, acquiert dès ce moment un véritable droit de propriété, mais il n'a qu'une propriété bonitaire, avec faculté de modifier son droit par l'usucapion. Ainsi, le possesseur de biens n'acquiert que par le laps de temps ce qui est dévolu *de plano* à l'héritier.

Le *bonorum possessor* recueillait l'hérédité à laquelle il était appelé grevée des dettes et riche de son actif tout comme un véritable héritier eût pu la recueillir; seulement, tandis que l'héritier, et nous parlons de l'héritier qui a fait adition comme du *bonorum possessor* qui est entré en possession réelle, tandis que l'héritier acquérait le *dominium ex jure quiritium,* le *bonorum possessor* n'acquérait qu'une propriété bonitaire qui, constituant une juste cause d'usucapion, se transformait par elle au bout des délais en véritable propriété quiritaire (Gaius, III, § 80).

Le *bonorum possessor* devait être, vis-à-vis des tiers, dans la même situation que se serait vu son auteur s'il vivait encore. Pour qu'il pût arriver à ce résultat, on lui donnait d'une part l'interdit *quorum bonorum,* de l'autre tout un système d'actions fictices.

Digitized by Google

Interdit QUORUM BONORUM.

Le *bonorum possessor,* au moyen de l'interdit *quorum bonorum,* obtenait la possession de tous les biens qu'avait possédés le *de cujus.* Cet interdit se donnait contre tout individu qui possédait des choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore.*

1° *Pro herede.* Soit, d'après Gaius, qu'il fût véritablement héritier, soit, d'après Justinien, qu'il se crût simplement héritier. Si Justinien ne compte plus comme Gaius, à l'époque classique, parmi les personnes *pro herede* le véritable héritier, c'est qu'à cette époque tout *bonorum possessor* avait la *possessio cum re* et était héritier; tandis qu'à l'époque de Gaius on pouvait souvent trouver à côté du *bonorum possessor* un héritier du droit civil qui était tenu de céder le pas au *bonorum possessor* devant l'interdit *quorum bonorum,* quitte à reprendre sa revanche dans la pétition d'hérédité.

2° *Pro possessore.* Le possesseur *pro possessore,* est celui qui n'a ni juste titre ni bonne foi. On peut citer celui qui n'a aucun titre et ne peut indiquer la cause de sa possession (L. 11, § 1; L. 12, *De her. pet.*), celui qui a usé de dol ou de violence pour obtenir son titre (L. 14, § 2, *Quod metus causa,* IV, 2), celui qui a sciemment acquis *a non domino* (L. 33, § 1, *De usurp. et usuc.,* XLI, 3).

Primitivement, l'interdit *quorum bonorum* n'était donné que contre ces deux personnes, et cela sans distinguer si elles possédaient encore ou si elles avaient perdu la possession par dol. Mais, sous Adrien, le sénatus-consulte Juvantien sans doute, ayant autorisé la révocation de

Digitized by Google

l'usucapion *pro herede,* accomplie au détriment de l'héritier légitime, il était impossible de prêter le *bonorum possessor* de ce bénéfice, d'après le principe que *bonorum possessorem in omne vice heredis haberi.* Le préteur ajouta donc à la formule de l'interdit *quorum bonorum* la clause nouvelle *possideresve si nihil usu captum esset.* Et la preuve que c'est à cette époque seulement que fut introduite cette faveur accordée tant à l'héritier qu'au *bonorum possessor,* se tire d'un passage de Gaius : *Ejus vis et potestas,* dit ce jurisconsulte en parlant de l'interdit, *hæc est ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur* (IV, § 144). Si Gaius a gardé le silence sur l'*usucapio pro herede,* c'est que l'interdit n'a été donné contre cet usucapant que par l'assimilation qu'on fit au *bonorum possessor* de la faveur faite à l'héritier par le sénatus-consulte d'Adrien; car si cet interdit avait été donné contre lui avant ce sénatus-consulte, les textes n'eussent pas manqué de signaler cet effet qui eût été un de ses plus remarquables et eût rendu cet interdit vraiment utile à l'héritier qui, avant le sénatus-consulte Adrien, ne peut poursuivre par l'*hereditatis petitio* que les *possessores pro herede* et *pro possessore.*

La *bonorum possessio* était accordée *de plano* (L. 1 C., *Quorum bonorum,* VIII, 2). D'après l'opinion universellement enseignée, le préteur la déférait sans s'enquérir si celui qui la demandait y avait droit; c'était une simple formalité; le préteur n'avait qu'à signer la demande qui lui était présentée, mais *in judicio,* le *bonorum possessor* devait justifier du droit qu'il avait à cette *bonorum possessio,* et quand on le lui contestait, prouver

Digitized by Google

que son envoi en possession était conforme à l'édit, et ici il fallait fournir une preuve complète et non plus de simples présomptions.

Le *bonorum possessor* qui se retranchait derrière l'interdit *quorum bonorum* obtenait toujours au moins la possession provisoire de l'hérédité pendant le litige, et comme il avait le titre de *possessor,* c'était à celui qui en invoquait la nullité à l'établir. L'interdit *quorum bonorum* servait seulement à trancher cette question : qui des deux adversaires possédera les choses héréditaires jusqu'à ce que l'autre ait fourni la preuve de son droit; et comme l'interdit *quorum bonorum* laissait intacte la question de propriété et donnait ouverture à la pétition d'hérédité, on ne peut pas dire que le préteur, en donnant la *bonorum possessio* à celui qui déployait le plus de célérité dans la demande, en faisait pour ainsi dire le prix d'une course à succession.

Ou le demandeur triomphait dans l'interdit *quorum bonorum,* et, dans cette hypothèse, il fallait distinguer s'il obtenait la *bonorum possessio cum* ou *sine re.* S'il l'obtenait *cum re,* il était jugé héritier et son adversaire ne pouvait pas intenter utilement contre lui la pétition d'hérédité; si, au contraire, la *bonorum possessio* lui est déférée *sine re,* son adversaire pourra intenter contre lui la pétition d'hérédité et lui ravir la succession; le *bonorum possessor* restera provisoirement en possession sous la condition de fournir la *cautio judicatum solvi;* et si plus tard il est évincé, personne du moins ne pourra se plaindre, car tous les intérêts auront été sauvegardés. De deux choses l'une, en effet, ou le *bonorum possessor* sera maintenu, et, en ce cas, on se trouvera avoir atteint du premier coup le résultat que l'on voulait; donner la

Digitized by Google

succession à l'héritier qui y avait droit, ou, au contraire, il était écarté, et la succession avait eu un administrateur unique et responsable : unique, car la présence du *bonorum possessor* avait empêché qu'elle fût livrée à de nombreux détenteurs; responsable, car la *cautio* était une garantie qu'elle avait été bien gérée; ou le demandeur échoue dans l'interdit *quorum bonorum,* et ici encore nous devons faire une distinction. Ou le *bonorum possessor* n'a que ce titre, ou il est au contraire héritier de par le droit civil. Dans le premier cas, la succession est bien définitivement perdue pour lui, l'exception *rei judicatæ* paralyserait toute *possessio hereditatis petitio* qu'il voudrait intenter plus tard, car il ne pourrait que présenter de nouveaux les mêmes preuves qu'il avait avancées et qui ont été écartées dans l'interdit *quorum bonorum,* ou au contraire il est héritier légitime, et alors il sera admis à intenter la *petitio hereditatis directa* qui, admettant d'autres preuves et recommençant le procès sur une nouvelle base, ne violerait pas la décision rendue sur l'interdit, et peut-être sortira-t-il vainqueur de cette nouvelle épreuve.

Mais nous arrivons ici à une difficulté qu'a fait naître parmi les interprètes, l'extrême concision des textes qui font presque entièrement défaut. A tout *bonorum possessor* compète non-seulement l'interdit *quorum bonorum,* mais encore une action, savoir, s'il est en même temps héritier de droit civil, la *directa petitio hereditatis,* sinon la *petitio hereditatis possessoria.* Comment se rendre compte de cette simultanéité de l'interdit et de l'action? Quelle différence sépare ces deux voies de droit? Suivant nous, il y a entre l'interdit et l'action la différence profonde qui existe entre le possessoire et le pétitoire. Si l'on refu-

Digitized by Google

sait d'admettre cette différence, il serait impossible de comprendre le concours de ces deux actions.

Quelques auteurs, méconnaissant la différence que nous établissons, affirment que l'interdit *quorum bonorum* aboutissait à un résultat définitif dans les hypothèses où il était donné que la seule différence entre l'interdit et l'action consistait en ce que l'interdit servait à obtenir la possession des choses corporelles, et la pétition d'hérédité le recouvrement des créances. Un texte de Paul semble justifier cette opinion : il n'y a que les possesseurs des corps héréditaires qui puissent être tenus de l'interdit *quorum bonorum*, mais non pas les débiteurs héréditaires (L. 2, D., L. III, 2). Sans doute, l'interdit n'embrasse pas les choses incorporelles, telles que les créances du défunt; mais ce n'est pas cette circonstance qui a fait créer la *petitio hereditatis possessoria* puisque le possesseur avait sous le nom *d'actions fictices* pour le recouvrement des créances héréditaires, les actions même du défunt. Donc, dans ce système, on ne peut pas expliquer la nécessité de créer la *petitio hereditatis possessoria*. Un autre système nie toute différence entre l'interdit et l'action. Le *bonorum possessor* était dans le principe propriétaire bonitaire, et au fur et à mesure que l'*in bonis* revêtit une importance et reçut un développement plus grand, la *bonorum possessio* se serait rapprochée de l'hérédité, si bien qu'il eût été très naturel de donner au successeur prétorien les mêmes actions qui compètent à l'héritier du droit civil : de l'*hereditas petitio possessoria* qui ferait double emploi avec l'interdit.

Ainsi donc, l'interdit aurait été un acheminement vers l'action que le préteur n'aurait pas osé donner tout d'abord, mais comme à l'époque où l'interdit fonctionnait

Digitized by Google

seul, il aboutissait au profit du *bonorum possessor* à une situation irrévocable, mais l'action une fois instituée, l'interdit n'aurait plus eu de fonction propre et aurait disparu. Cette conception des choses nous semble une pure fantaisie, qui ne peut se produire que lorsqu'on ne tient pas compte des réalités qu'indiquent les textes.

Comme tout s'explique aisément au contraire avec le système que nous proposons. Le possessoire et le pétitoire, on le sait, sont des moyens qui aboutissent tous deux à la possession de la chose litigieuse; mais une différence capitale les sépare. Dans le possessoire, le demandeur n'affirme aucun droit de propriété, toute sa prétention est qu'il réunit les conditions requises par la loi pour avoir la chose en sa possession jusqu'à ce que son adversaire ait fait en justice la preuve de sa propriété : sauf à restituer cette possession dès que cette preuve sera faite contre lui. Tout autre est la preuve que doit fournir le demandeur au pétitoire. Il ne triomphe qu'à la condition de prouver son droit de propriété, mais sa preuve faite, il arrive à une possession définitive, irrévocable, vis-à-vis de son adversaire. La même différence existe entre l'interdit *quorum bonorum* et la *petitio hereditatis*. Le demandeur à l'interdit, comme le demandeur au provisoire, n'arrive qu'à une possession provisoire qui peut lui être enlevée par l'adversaire qui établirait en justice son droit d'héritier selon le droit civil si le *bonorum possessor* n'établissait pas à son profit une *bonorum possessio cum re*. Au contraire, après le triomphe de la *petitio hereditatis*, comme après celui du pétitoire, la possession acquise est définitive, assurée au vainqueur, et toute nouvelle attaque contre elle serait repoussée par l'exception de chose jugée. Ainsi le règlement qui résulte

Digitized by Google

de l'interdit n'a qu'un caractère provisoire, tandis que la sentence qui intervient sur l'action est rendue au fond et a un caractère définitif. Les arguments ne manquent pas pour établir cette différence. L'interdit *quorum bonorum* est classé par les textes dans la catégorie des interdits possessoires. Or, ces sortes d'interdits n'ont été créées à l'origine que pour déterminer qui dans l'action aurait le rôle de possesseur et par voie de conséquence celui de défendeur. Donc il n'est pas possible de confondre le rôle de l'interdit *quorum bonorum* qui tranche une question de procédure et l'autre qui règle la difficulté sur le fonds. C'est ce que confirment clairement les empereurs Arcadius et Honorius qui décident que lorsqu'à l'aide de l'interdit le *bonorum possessor* s'est fait délivrer les « *corpora hereditaria*, » le champ reste ouvert à une action ultérieure portant sur la question de propriété (L. 3, C. *Quor. bon.*). Telle est la différence entre l'interdit et l'action.

Aussi nous pensons que ces deux moyens ont eu une existence simultanée et que leur concours a complété le système d'exécution du droit qui résulte de la possession de biens. M. Demangeat, dont nous reproduisons la doctrine, dit à ce sujet : « Tant que le préteur n'a donné la « *bonorum possessio* qu'à l'héritier présumé, il ne pou- « vait être question pour le *bonorum possessor* que de « l'interdit *quorum bonorum;* mais, à partir du moment « où le préteur a constitué un nouveau système succes- « soral à côté du système du droit civil, il a fallu qu'il « donnât une action particulière aux personnes ainsi « appelées par lui seul à la succession. Le règlement « qui résulte de l'interdit n'a qu'un caractère provisoire; « tandis que la sentence qui intervient sur l'action est

Digitized by Google

« rendue au fond et a un caractère définitif » (LL. 1 et 2, D. v, 5. Demangeat, *Cours de dr. rom.*, t. II, p. 679).

Nous venons de voir que le *bonorum possessor* avait un interdit *quorum bonorum*, au moyen duquel il obtenait la possession de tous les biens corporels qui étaient entre les mains du *de cujus* au moment de sa mort, mais cet interdit n'était pas donné contre les débiteurs héréditaires (L. 1, § 1; L. 2, *Quor. bon.*, XLIII, 2). Quel secours lui était donc donné contre ceux-ci. Toujours d'après cette idée que le *bonorum possessor* n'était pas un héritier (Gaius, III, §§ 32, 33), les créances et les dettes héréditaires ne passaient pas directement sur sa tête comme sur celle de l'héritier légitime, bien qu'en définitive tout comme un véritable héritier, il s'enrichissait des unes et supportait les autres, grâce à un rouage ingénieux d'un système d'actions fictices par lesquelles, *beneficio prætoris*, les avantages de l'héritier lui étaient assurés.

On appelait ces actions *fictitiæ*, parce que soit que le *bonorum possessor* fût demandeur, soit qu'il fût défendeur, la formule lui supposait la qualité d'héritier et le juge recevait l'ordre de rendre sa sentence comme si réellement il avait été héritier : *Si aulus agarius Lucio Titio heres esset* (Gaius, IV, § 34). Le juge faisait abstraction de la personnalité du *bonorum possessor*, et ne vérifiait qu'une chose : si les droits du défunt étaient fondés, et c'est d'après cette vérification qu'il statuait et prononçait condamnation pour ou contre le *bonorum possessor*, comme il eût fait pour ou contre un véritable héritier ou contre le *de cujus* lui-même. Le *bonorum possessor* étant supposé héritier n'avait qu'une seule chose à prouver, que les droits qu'il lui invoquait avaient réellement appartenu au *de cujus*.

Digitized by Google

Le fils *in potestate* que le *de cujus* avait omis dans son testament, avait deux moyens pour acquérir la succession : d'après le droit civil, la pétition d'hérédité comme plus proche héritier *ab intestat; jure pretorio* la possession de biens *contra tabulas* (L. 1 pr., D. XXXVII, 4); mais les avantages que l'interdit *quorum bonorum* donnait au *bonorum possessor* font comprendre tout l'intérêt que pouvait avoir ce *filius suus* héritier civil à demander la *bonorum possessio contra tabulas*, plutôt qu'à faire valoir son titre d'héritier légitime. Bien que Gaius, III, § 34, nous présente l'interdit *quorum bonorum* comme le seul avantage que le *filius suus* peut retirer de cette option, on en pourrait trouver encore un autre, mais secondaire dans la plus grande facilité avec laquelle s'obtenait la *bonorum possessio*. A la différence de l'adition d'hérédité qui ne pouvait être faite que par l'héritier lui-même, de telle sorte que jusqu'à Théodose l'*infans*, et personne pour lui, ne pouvait faire adition, la *bonorum possessio* s'acquérait très régulièrement par l'intermédiaire d'un tuteur ou toute autre personne à qui la loi avait donné le pouvoir d'agir au nom de l'appelé. Bien plus, non-seulement un mandataire, mais même un tiers sans pouvoir, eût pu faire la demande, et il suffisait, pour qu'elle fût valable, que plus tard le véritable institué vînt la ratifier.

Et qu'on ne dise pas qu'en demandant la *bonorum possessio contra tabulas*, le *filius suus* allait se mettre dans une condition pire que celle qui lui aurait été faite s'il avait conservé son titre d'héritier légitime, que comme héritier légitime, il fût venu à la succession libre de tous legs et de toutes charges, tandis que la *bonorum possessio contra tabulas* allait le soumettre à certaines charges exceptionnelles, car ce serait une erreur. Quand un *filius*

Digitized by Google

suus demandait la *bonorum possessio contra tabulas,* le testament était nul de plein droit et, dans ce cas, la *bonorum possessio* donnée au *filius suus* avait un caractère spécial qui la séparait profondément de celle des autres héritiers siens et elle offrait, quant à ses effets, la plus grande analogie avec la *bonorum possessio unde liberi,* car les dispositions testamentaires dont par exception restaient grevés les *bonorum possessores contra tabulas* tombaient lorsque l'appelé joignait la qualité de *suus* à celle de *bonorum possessor.* La *bonorum possessio* ne pouvait pas lui faire une condition inférieure à celle qu'il tenait du droit civil (L. 15 pr., *De leg. præst. contra tabulas,* D. XXXVII, 5).

Innovation de Justinien.

Sous Justinien, la *bonorum possessio contra tabulas* existe toujours, mais la fusion du droit civil et du droit prétorien se fait de plus en plus sentir. A l'époque classique, la *bonorum possessio* était un bénéfice que le préteur était le maître d'accorder ou de refuser à qui venait le lui demander, et la demande devait être formulée en termes solennels. Une constitution de Constance, peut-être de Constantin avait, d'après les Institutes, supprimé la nécessité d'une demande solennelle. Que cela soit inexact, c'est possible, mais n'est-il pas moins vrai qu'une erreur historique n'a pas pu entacher de nullité une décision qui doit valoir au moins comme personnelle à Justinien. Du reste, la *bonorum possessio* tendait de plus en plus à devenir un droit analogue à l'hérédité; celle-ci s'acquérait sans demande, et il est naturel de supposer que

Digitized by Google

la même règle fut introduite pour les *bonorum possessiones.*

Après avoir écarté toute idée de formule sacramentelle et simplifié les formes de l'exhérédation (L. 3, C., *De liber præter.,* liv. VI, tit. XXVIII), Justinien, réfléchissant qu'en matière d'exhérédation il n'y avait pas de différence à faire entre les hommes et les femmes, puisqu'aux uns et aux autres la nature donne un rôle semblable dans la procréation, et que d'ailleurs la loi des Douze-Tables les appelait sans distinction à la succession *ab intestat,* ce que les préteurs imitèrent plus tard. Justinien établit un droit simple et identique à l'égard des fils, filles et autres descendants par les mâles, non-seulement nés, mais encore posthumes, de telle sorte que tous les émancipés comme les siens soient institués héritiers ou exhérédés nominativement, et que toujours l'omission ait pour effet d'infirmer le testament du père et d'enlever l'hérédité à l'institué, soit qu'il s'agisse d'enfants déjà nés ou simplement conçus, mais qui naissent plus tard.

Relativement aux enfants émancipés, le droit prétorien se trouva donc confirmé, mais Justinien exigea en outre l'exhérédation de la fille et de la petite-fille issue du fils, et leur donna, s'ils étaient omis, la possession de biens *contra tabulas* (L. 4, C. VI, 26); mais à l'égard des enfants adoptifs, Justinien, toutefois, consacra une nouvelle théorie. Justinien ne modifia en rien les anciens principes, lorsque l'enfant était donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel, mais il fit une réserve pour le cas où l'adoption avait lieu avec un étranger. Ces enfants qui avaient eu des espérances à deux successions, à celle de leur père naturel et à celle de leur père adoptif, pouvaient n'en recueillir aucune. C'est pour

Digitized by Google

porter remède à cet inconvénient que Justinien, dans une constitution datée de l'an 530, décida que bien que l'enfant ait un droit de succession sur les biens de son père adoptif, il n'était cependant pas dans la puissance de celui-ci, il ne sortait pas de sa famille naturelle et il y conservait le rang et les droits d'héritier sien (*Inst.*, liv. I, XI, § 2; C. L. 8, titre XLVIII, const. 10). Les enfants donnés en adoption à un *extraneus* peuvent être omis par l'adoptant, mais le testament fait par le père naturel ne sera valable qu'autant que l'enfant donné en adoption aura été institué ou exhérédé. Mais cette règle ne fut introduite par Justinien qu'autant que l'enfant est donné en adoption à une personne autre qu'un ascendant, car si le père adoptif est un ascendant, comme il est déjà uni à l'adopté par les liens du sang, on n'a pas à craindre qu'il l'émancipe sans motif et le dépouille de son hérédité (L. X, §§ 1, 2, 3, C. VIII, 48). Ainsi, lorsque l'enfant était donné en adoption à un étranger, il ne changeait pas de famille, il pouvait être dépouillé par le père adoptif et non par le père naturel; était-il adopté par un ascendant, il changeait de famille, et alors le père naturel pouvait, à l'inverse, le dépouiller, mais non pas l'adoptant. Il y avait toutefois cette différence entre un enfant adopté par un étranger et un *heres suus*, que l'adoptant *extraneus* peut, dans son testament, omettre ou exhéréder sans motif cet enfant adoptif, ce qu'il n'aurait pu faire s'il avait été *heres suus*.

Nous savons que, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien, l'exhérédation n'était pas imposée à la mère ou aux ascendants maternels d'un enfant. La raison, nous l'avons déjà dit, était que les femmes n'avaient pas d'héritiers siens, mais dans sa novelle 115

Digitized by Google

Justinien assimila à la prétérition paternelle la prétérition maternelle qui, avant lui, équivalait à l'exhérédation exprimée par le père.

Il fut défendu au père, à la mère, à l'aïeul, à l'aïeule, en un mot à tous les ascendants tant paternels que maternels, d'omettre ou d'exhéréder leurs enfants, à moins qu'ils ne se fussent rendus coupables d'un des cas d'ingratitude prévus par la Novelle et encore fallait-il l'exprimer dans le testament. Ainsi se trouve aboli le droit ancien qui permettait à la mère de passer ses enfants sous silence.

Mais quelle était la sanction si la mère avait omis son enfant en le déshéritant sans dire la cause d'ingratitude? Le testament était-il nul ou inofficieux? Bien que des auteurs prétendent qu'il était simplement inofficieux, nous préférons l'opinion de l'école allemande qui est presque unanime pour prononcer la nullité du testament. Le testament ne produit aucun effet et tous les enfants sont appelés de plein droit au partage de la succession. Ainsi disparaissait la différence que le droit civil avait établie et le droit prétorien maintenue entre le testament du père et celui de la mère; désormais tous deux seront soumis aux mêmes règles, la prétérition de la mère n'est plus considérée comme une exhérédation; s'il en était ainsi jadis, c'est que la mère pouvait passer son enfant sous silence, mais du jour où ce droit lui fut formellement enlevé, elle était par cela même assimilée au père, et en cas d'omission, son testament devait tomber comme tombait celui du père.

Cette décision de la Novelle devait avoir pour effet de restreindre l'usage de la *querela in officiosi.*

Digitized by Google

APPENDICE.

Nous n'avons jusqu'ici envisagé la *bonorum possessio* que comme un correctif apporté par le droit prétorien à la rigueur du droit civil et comme sanction de l'exhérédation des enfants laissés par le *de cujus*.

Mais d'autres personnes encore étaient admises à cette *bonorum possessio,* c'étaient les patrons et les pères émancipateurs.

Patrons.

Voici ce qu'Ulpien nous apprend sur l'origine de cette *bonorum possessio* (L. 1, *De bon.,* lib. XXXVIII, 2). Autrefois, l'affranchi mort avant le patron pouvait, s'il laissait des héritiers siens, omettre son patron dans son testament et celui-ci était non-seulement exclu par les propres enfants de l'affranchi, mais encore par ses enfants adoptifs, sa femme *in manu :* ce qui permettait à l'affranchi d'omettre impunément son patron et de lui préférer un étranger. Que faisait le patron? Pour conserver malgré son affranchissement son ancien esclave devenu libre dans une entière dépendance, pour bien lui faire sentir que c'était à lui seul qu'il devait la vie civile, qu'il était sa créature et se réserver des droits aux biens qu'il pourrait gagner, ne lui donnait la liberté que sous cette con-

Digitized by Google

dition *si obsequium non præstaret libertus*. Le patron mal protégé par la loi des Douze-Tables en était arrivé à se protéger lui-même d'une façon tyrannique. Croyant limiter les exigences excessives des patrons, le préteur Rutilius décida qu'il ne leur accorderait que l'*actio operarum* et l'*actio pro socio*, l'affranchi serait désormais considéré comme un associé et plus tard les préteurs leur accordèrent soit *ab intestat*, soit *contra tabulas*, la *bonorum possessio dimidiæ partis* qui leur accordait, à l'image d'une société, la moitié des biens de l'affranchi, mais à la dissolution de la société, à sa mort seulement, au lieu du droit exigible qu'ils avaient contre l'affranchi vivant.

Le préteur décida que lorsque l'affranchi mourrait sans laisser de *liberi naturales* ou qu'en en laissant il les aurait régulièrement exhérédés, il devrait laisser à son patron la moitié de sa succession, et s'il l'avait omis ou institué pour une part moindre, le patron avait la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* (Gaius, III, § 41).

Si l'affranchi n'avait pas laissé de testament, le patron était toujours exclu par les *sui heredes*, mais si l'affranchi ne laissait comme héritier qu'un enfant adoptif ou une femme *in manu*, le patron avait droit à la moitié de la succession. Plus tard la loi Pappia vient augmenter les droits du patron lorsque l'affranchi laissait plus de cent mille sesterces. Dans ce cas, pour que le patron fût exclu, ce n'était pas assez que l'affranchi eût des *liberi naturales*, il fallait qu'il en laissât au moins trois; s'il n'en laissait qu'un ou deux le patron avait droit, suivant le nombre, à la moitié ou au tiers de la succession; il prenait une portion virile (Gaius, III, § 42).

Digitized by Google

Si le patron laissant des fils ou des filles mourait avant l'affranchi, les fils étaient traités comme le patron lui-même, quant aux filles : *Contra tabulas testamenti liberti aut ab intestato contra suos heredes non naturales bonorum possessio ei non competit,* dit Ulpien (XXIX, §§ 4 et 5). Ce fut la loi Pappia qui supprima cette différence entre les fils et les filles du patron en leur accordant les mêmes droits, sous la condition toutefois qu'elles eussent trois enfants.

Que l'affranchi le voulût ou non, le patron avait droit à la moitié de la succession; c'était moins une succession que le paiement d'une dette que l'affranchi avait contractée le jour de son affranchissement; ceci nous explique que tout acte par lequel il eût frauduleusement essayé de diminuer les droits de son patron eût été révocable après sa mort soit par l'action *faviana,* s'il avait testé, soit par l'action *calvisiana,* s'il était mort *ab intestat;* et le patron pour triompher n'avait qu'à prouver le dol de l'affranchi sans que l'on eût à distinguer la bonne ou mauvaise foi des tiers qui avaient contracté avec lui. Le patron devait recevoir sa part libre de tout legs ou fidéicommis (L. 60, *ad. sen. cons.* Trebel., XXXVI, 1); on ne faisait exception que des charges qui l'auraient grevé au profit de descendants naturels de l'affranchi exhérédés par lui (L. 64, *ad. s. c.* Treb., XXXVI, 1).

Cette *bonorum possessio* se distinguait de la *bonorum possessio contra tabulas* ordinaire en ce qu'elle était donnée *contra heredem* et non *contra lignum;* il n'y avait pas à distinguer s'il y avait ou non un héritier appelé à recueillir la succession (L. 4 pr., *Bonorum possessio contrà tabulas,* XXXVII, 4). Le droit du patron est toujours limité à la moitié si l'affranchi a laissé des institués qui

Digitized by Google

recueillent la succession et la part des défaillants, s'il y en avait, accroissait non pas au patron, car sa part était fixe, mais aux autres institués. Il n'était pas utile de venir en aide au patron quand tous les institués faisaient défaut, car dans ce cas le patron, déjà protégé par la *bonorum possessio unde legitimi*, recueillait toute l'hérédité (L. 6 pr., *Bon. pos.*, XXXVII, 1).

Ainsi qu'au patron, le préteur accordait la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* au père qui avait émancipé son enfant *contracta fiducia*. On sait que par cette clause l'acheteur fictif de l'enfant s'engageait à en retransférer la propriété au père qui l'affranchissait. Assimilé à un esclave tant qu'il restait en puissance, l'enfant était naturellement assimilé à un affranchi; quand elle était dissoute, le père avait vis-à-vis du fils émancipé les mêmes droits qui eussent appartenu au patron vis-à-vis de l'affranchi. Il y avait toutefois des différences entre la *bonorum possessio* accordée au patron et celle du père émancipateur, et cela venait de la différence originelle qui existait entre la position sociale d'un fils émancipé à qui l'affranchissement n'avait pu enlever le titre de fils et celle d'un affranchi qui n'était qu'un ancien esclave; c'est ce qui explique que, tandis que les droits du patron étaient protégés par les actions *Faviana* et *Calvisiana* par respect pour le fils, on ne les avait pas données au père émancipateur (L. 2, *Si a par quis man.*); de plus, tandis que l'esclave par son affranchissement devenait la créature du patron et de ses enfants et qu'il était par conséquent naturel d'attribuer aux enfants du patron les mêmes droits qu'à leur père, le fils émancipé, égal de ses frères, était bien sous le patronage de son père, mais par rapport à ses frères, il était sorti de la

Digitized by Google

famille civile, si bien que les enfants du père émancipateur n'avaient aucun droit sur sa succession, traités en cela moins favorablement que les enfants du patron (L. 1 pr., §§ 3 à 5, *Si a par. quis man.*, XXXVII, 12).

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS.

DE

LA REPRÉSENTATION.

INTRODUCTION.

Quand une succession s'ouvre, il est de principe que, entre plusieurs héritiers qui appartiennent au même ordre de parenté, le plus proche en degré succède à l'exclusion des plus éloignés (art. 731). En elle-même, cette règle est excellente, elle est conforme aux sentiments de famille et à l'intention probable du défunt; cependant si le législateur l'avait formulée d'une manière absolue, sans réserve, cette règle, si juste en apparence, aurait produit des résultats contraires aux affections certaines du *de cujus*. Aussi le législateur a-t-il dû, dans quelques cas, lui apporter une dérogation. Supposons, en effet, que le *de cujus* ait laissé un enfant et des petits-enfants d'un autre fils prédécédé, ces petits-enfants, se trouvant au deuxième degré de leur grand-père, seraient écartés de sa succession par leur oncle qui est au premier degré, ce qui serait injuste, car les petits-enfants, surtout de-

Digitized by Google

puis la mort de leur père, ont inspiré à leur aïeul la même sollicitude et la même affection que leur oncle. N'eût-il pas été inique de priver ces petits-enfants d'une succession qu'ils auraient pu recueillir un jour en partie si leur père avait survécu au *de cujus*. Leur malheur, au lieu d'aggraver une situation déjà si précaire, ne devait-il pas les rendre plus dignes d'intérêt? La même remarque peut être faite pour les enfants des frères du *de cujus,* car il est dans le cœur de l'homme qui n'a pas de descendance de reporter sur ses neveux toute l'affection qu'il avait pour ses frères.

Une exception à notre règle devait donc être écrite en leur faveur, exception à la lettre du texte seulement, et non à son esprit; car, appeler à une succession des personnes pour qui le défunt avait une égale affection, au fond, n'est-ce pas appliquer la règle elle-même. Cette disposition exceptionnelle constitue la représentation qui n'est autre chose que la subrogation légale d'un homme vivant à un homme mort et, comme le disaient les anciens auteurs : *Absentis alicujus præsens imago* (Basnage, sur l'art. 304 de la Cout. de Normandie).

Mais ce bénéfice de la représentation n'est accordé que pour les successions *ab intestat* et nullement pour les successions testamentaires. Toute disposition testamentaire est caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. La représentation, en effet, étant fondée sur la présomption de la volonté du *de cujus,* il a pu manifester une volonté contraire à cette présomption, mais il ne faut pas étendre au delà des termes de sa disposition le changement qu'il a apporté à l'ordre ordinaire des choses.

Le principe de la représentation est très équitable, le

Digitized by Google

sentiment sur lequel il repose semble tout naturel; il est à remarquer cependant qu'il fut toujours ignoré des législations primitives. Chez les peuples qui n'ont pas atteint un certain degré de civilisation, la force brutale prédomine toujours, et ce n'est que peu à peu que se développent des sentiments meilleurs. On ne doit donc pas s'étonner si la représentation est inconnue d'eux, elle qui, le plus souvent, donne à la faiblesse le pas sur la force.

Montesquieu (*Esprit des lois,* liv. XXVI, ch. VI) nous dit « qu'il fut réglé, dans quelques dynasties de la Chine, « que les frères de l'empereur lui succéderaient, et que « ses enfants ne lui succéderaient pas. » Et plus loin : « Selon la coutume de Numidie, Ælsace, frère de Gala, « succéda au royaume, non pas Massinisse son fils. Et « encore aujourd'hui, chez les Arabes de Barbarie, où « chaque village a un chef, on choisit, selon cette an- « cienne coutume, l'oncle ou quelque parent pour suc- « céder. » C'est qu'en effet le système des successions, comme le fait remarquer l'auteur que nous citons, dépend des principes du droit politique ou civil, et non pas du droit naturel; cet ordre de succession nous répugne parce que nous le jugeons avec nos mœurs, mais il devait, au contraire, sembler très juste et très pratique à des peuples qui avaient besoin à leur tête de chefs puissants et expérimentés. On trouve cependant la trace de la représentation chez des peuples d'une très haute antiquité. M. Lerminier nous montre avec certitude qu'elle existait, sinon dans toute la Grèce, du moins à Athènes, pour la descendance mâle à l'infini (*Hist. de la législat. et des const. de la Grèce ant.*). Elle existait de même, dans la législation des Hindous, au profit des petits-fils, mais seulement jus-

Digitized by Google

qu'au troisième degré (Orianne, *Traité origin. des succ. d'après le droit Hindou*).

Ce ne fut que très lentement que cette institution pénétra dans notre ancien droit où nous l'étudierons dans son origine et son développement; mais c'est en même temps une preuve de sa parfaite conformité à la nature humaine que, malgré les obstacles qu'elle a rencontrés, elle se soit néanmoins introduite et si fortement établie que son application se confond à présent avec celle des principes les plus élémentaires de justice.

Digitized by Google

DROIT ROMAIN.

Bien que nulle part dans les écrits des jurisconsultes romains nous ne trouvions une définition de la représentation et qu'ils aient même ignoré ce mot, il ne faudrait pas en conclure que la chose n'existât pas. Sans doute, la représentation ne reposait pas, comme chez nous, sur l'équité et sur l'affection, mais elle existait à l'état latent comme conséquence de l'organisation de la famille et de la théorie des successions.

La loi des Douze-Tables reconnaissait, en effet, trois ordres successibles : les héritiers siens, les agnats, les gentils. Les héritiers siens étaient appelés en premier lieu; ils se composaient des personnes soumises à la puissance du père de famille, laquelle s'étendait sur les enfants et les enfants des fils, et enfin sur toute la postérité de mâle en mâle (*Inst., De patria potestate,* § 3); mais il ne suffisait pas d'être sous la puissance du père de famille pour être héritier sien, il fallait de plus l'être à un degré immédiat (*Inst.,* l. II, t. XIX, § 2). C'était donc naturellement l'enfant au premier degré. Mais si un enfant de premier degré était enlevé à sa famille, son enfant alors, le petit-fils, prenait la place de son père et, se trouvant désormais sous la puissance immédiate de son aïeul, devenait héritier sien. Peut-être dira-t-on qu'il succédait à son aïeul non pas par représentation de son

Digitized by Google

père, mais de son chef, parce que, vu les circonstances, il était héritier sien et, comme preuve, pourrait-on citer les enfants des filles, ceux des émancipés nés après l'émancipation qui, n'étant pas sous la puissance de leur aïeul, ne lui succédaient pas. Nous répondrons seulement qu'il y a représentation toutes les fois que, dans une succession, une personne vient prendre la place d'une autre et user de ses droits, et que ces droits passent tels qu'ils sont à ceux qui en profitent. Que si donc un père de famille vient à mourir laissant des enfants et des petits-enfants d'un fils prédécédé, ceux-ci ne doivent compter que pour leur père qu'ils représentent et ne prendre à eux tous que la part qu'il aurait prise pour se la partager ensuite entre eux. Or, c'est bien ainsi que les choses se passaient dans la succession romaine, telle que l'avait organisée l'ancien droit et ce partage par souches est bien une preuve que la représentation y était pratiquée sans être connue, si l'on veut (*Inst.*, liv. III, tit. I, § 6). En effet, bien que le législateur n'ait pas eu spécialement en vue d'établir et d'organiser la représentation, le résultat n'en était pas moins acquis. Sans doute, la représentation était étroite, elle n'était admise qu'au profit de ceux qui peuvent être héritiers d'après la loi, elle avait pour base l'organisation de la famille et non les sentiments de justice et d'équité, les petits-fils, enfants d'un fils prédécédé, ou vivant encore, mais sortis de la famille, arrivaient à la succession de leur chef comme héritiers siens; mais bien que cela soit contraire à l'idée que nous faisons de la représentation qu'on ne représente pas une personne vivante, ils le représentaient cependant en ce sens que, si nombreux qu'ils fussent, ils partageaient par souche.

Digitized by Google

Ce sont les Novelles 118 et 127 qui ont véritablement réglementé la représentation et ont pris comme base l'affection présumée du défunt. En ligne directe descendante, Justinien déclare formellement que les petits-enfants prennent la place de leur père, qu'ils montent dans son degré, en d'autres termes qu'ils le représentent : « Si quem descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut alios descendentes in poprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur; tantam de hereditate morientis accipientes partem quanticumque suit, quantam eorum parens, si viveret, habuisset : quam successionem in stirpes vocavit antiquitas » (Nov. 118, c. I); et cela, ajoute le texte, sans qu'il y ait aucune différence entre les mâles et les descendants par les femmes. Dans le cas même où tous les enfants au premier degré sont morts, quand le *de cujus* n'a laissé que des petits-fils, ils n'en viennent pas moins par représentation à l'effet de partager par souche et non par tête : « Si ex duobus filiis nepotes neptes re extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia » (*Inst.*, liv. III, tit. I, § 6, *in fine*); plus loin même titre, § 16, on lit encore : « Ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non capita sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alios deinceps personas. » Rien dans la Novelle 118 ne contredit ces textes; ses dispositions très générales au contraire, embrassent tous les cas, celui où les petits-enfants de souches différentes viennent seuls, comme ceux où ils sont en concours avec des

Digitized by Google

oncles ou des tantes. Nous aurons l'occasion de voir que la question cependant a été vivement controversée.

La réprésentation ne fut pas admise en ligne directe ascendante. Le père exclut l'aïeul, celui-ci le bisaïeul et ainsi de suite; mais si la représentation n'a pas lieu entre les ascendants à l'effet de faire concourir les plus éloignés avec les plus proches, elle a pourtant lieu dans le concours de plusieurs ascendants au même degré dont les uns appartiennent à la ligne paternelle, les autres à la ligne maternelle : « Si eumdem habeant gradum, ex æque « inter eos hæreditas dividatur; ut mediatem quidem acci- « piant omnes a patre ascendentes quanticumque fuerint, « mediatem vero reliquam a matre ascendentes, quantos- « cumque eos inveniri contigerit. » Mais ce n'est là qu'une fausse représentation; qu'il y ait partage par moitié de la succession, qu'on en donne une aux ascendants paternels, l'autre aux ascendants maternels, rien de plus naturel, car chaque ligne a autant de droits que l'autre à la succession, mais dans chaque ligne, une fois le partage fait, le parent le plus proche exclut le plus éloigné. La ressemblance qu'on peut donc trouver entre cette hypothèse et la représentation, consiste tout simplement en ce que le partage se fait par souche au lieu de se faire par tête, mais elle s'arrête là. L'on pourrait ajouter encore que tandis que le représentant est tenu de rapporter ce qui a été donné par le défunt ou représenté, l'ascendant ne rapporte que ce qui lui a été donné à lui-même par le *de cujus* et non pas ce qui aurait pu être donné à un ascendant plus rapproché qui serait prédécédé; c'est donc bien de son chef et non par représentation que l'ascendant vient à la succession de l'aïeul.

Le chapitre III de la Novelle 118 introduisit la repré-

Digitized by Google

sentation en ligne collatérale : « Si autem defuncto fra-
« tres fuerint et alterius fratris aut sororis præmortuorum
« filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et
« matre thiis masculis et feminis : et quaticumque fuerint,
« ex hereditate tantam percipient quantam eorum parens
« futurus esset accipere, si supertes esset. » Mais loin d'avoir comme en ligne directe descendante, une étendue infinie, la représentation est restreinte au premier degré des frères et sœurs. Le petit-neveu ne peut pas bénéficier de la représentation : « Hujus modi vero privilegium in
« hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum mascu-
« lorum et feminarum filiis aut filiabus ut in suorum pa-
« rentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personæ
« ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. » Ainsi restreinte, la représentation en ligne collatérale était admise pour faire succéder les neveux ou nièces avec les frères ou sœurs du *de cujus*, leurs oncles, avec qui ils auraient pu se trouver en concours.

Grâce à la distinction que Justinien avait établie entre les collatéraux, qu'on peut appeler privilégiés, et qui étaient les frères et sœurs germains et leurs descendants au premier degré, et les collatéraux ordinaires frères et sœurs consanguins ou utérins, comme les premières avaient le droit de primer les collatéraux ordinaires aussi proches et même plus proches qu'eux, il pouvait se faire que non-seulement les neveux et nièces concourussent avec leurs oncles ou tantes, mais dans certains cas leur fussent préférés : « Si forte præmortuus frater cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu (sive a patre

Digitized by Google

sive a matre sint thii, et sive masculi sive feminæ), sicut eorum parens præponeretur si viveret (ch. 3).

Les frères ou sœurs germains avaient aussi le privilège de venir en concours à la succession avec les ascendants, mais comme la Novelle 118 n'accordait aux enfants des frères ou sœurs germains le droit de représenter leur père ou mère qu'autant qu'ils se trouvaient en concours avec des oncles ou tantes; si le *de cujus* laissait des ascendants, des frères ou sœurs et des neveux ou nièces, nés de frères ou sœurs prédécédés, la succession se partageait entre les ascendants et les frères et sœurs; les neveux et nièces étaient exclus. C'était là un système bizarre que la Novelle 127 vint partiellement corriger : « Si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres et alterius præmortui fratris filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur, etiam præmortui fratris filii. » Les enfants des frères sont donc appelés à la succession comme représentant leur père, et le partage se fait par souche et non par tête : « Et præmortui fratris filii tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat, pater accipere, si vixisset. »

Si l'on supposait que les frères et sœurs germains fussent tous prédécédés, et que plusieurs d'entre eux laissassent des enfants, y aurait-il lieu encore à la représentation? Pour la négative, on peut dire que la Novelle 118 ayant appelé les frères seuls avec les ascendants, et la Novelle 127 appelant les enfants des frères lorsqu'ils sont en concours avec quelqu'un de leur oncle, ce n'est qu'en cas de concours entre oncles et neveux que les neveux peuvent être admis à représenter leur père; la Novelle 127 n'ayant pas prévu le cas du prédécès de tous les frères germains, on reste dans la lettre du texte en refu-

Digitized by Google

sant la représentation aux neveux lorsque tous les frères sont morts.

D'après le *prœmium in fine* du chapitre III de la Novelle 118, il est probable, malgré la controverse qui s'éleva plus tard sur ce point et que nous réservons, que la représentation était également admise pour faire succéder les neveux ou nièces à l'exclusion des oncles ou tantes du défunt, car bien qu'ils fussent tous en réalité au même degré, au troisième, les neveux et nièces, en prenant la place de leur père ou mère, se trouvaient plus rapprochés d'un degré et devaient, par conséquent, exclure tous les collatéraux qui n'avaient pas, comme eux, le bénéfice de la représentation. Voici le texte de la novelle : « Quando quidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constitui gradu cum iis qui in secundo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur, illud palam est quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. » Rien dans ce texte ne semble contraire à l'opinion que nous émettons, et si l'on compare le texte de la novelle avec l'authentique *post fratres* qui en a été extrait, on voit que tel était le système qui dut être primitivement admis : « Post fratres ex utroque parente et eorum filios admittuntur ex uno latere fratres sorosresve, cum quibus et filii eorum, si qui ex eis jam decesserint.

« Hi autem cum pares sint defuncti fratribus præferuntur procul dubio ejusdem defuncti patrius et aliis similibus; et in his successionibus omnino cessat sexus et agnationis ratio » (Cod. VI, 8, *De leg. hered.*, III). Ainsi qu'on le voit dans l'authentique *post fratres*, l'oncle est exclu par

Digitized by Google

le neveu ; tel était du moins l'avis d'Irménius, et le sens qu'il donnait à la novelle, et il est probable que le chef de l'école des glossateurs ne fit que reproduire la doctrine qui était enseignée et pratiquée de son temps en Italie.

Digitized by Google

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Après l'invasion des Barbares le droit romain commença à être dénaturé dans notre pays; mais il laissa des traces plus profondes dans le Midi que dans le Nord. Tandis que dans le Nord, après Charlemagne il n'y eut plus bientôt de lois générales, et que dans le territoire divisé en seigneuries, s'établirent, grâce au morcellement féodal, une multitude de coutumes qui, n'étant pas écrites, donnaient lieu à beaucoup d'incertitudes; dans le Midi, au contraire, les coutumes reproduisirent presque complètement la législation romaine. Il y avait donc en France deux grandes séparations dans les coutumes, les coutumes du Midi appelées pays de droit écrit, où le droit romain dominait, et celles du Nord, pays de droit coutumier.

PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Dans les pays de droit écrit, de très bonne heure, on adopta assez exactement le système de succession tel que Justinien l'avait organisé dans ses Novelles 118 et 127. Le droit de représentation y était donc admis. Mais il ne faudrait pas exagérer cependant et croire que les statuts des pays de droit écrit soient la reproduction servile du droit romain; nous allons donc suivre le dé-

Digitized by Google

veloppement de la représentation dans ce pays et examiner les commentaires auquel il donna naissance. Plusieurs questions furent vivement débattues : savoir, par exemple, si le droit pour les neveux ou nièces de venir par représentation n'était pas borné au cas où il leur était nécessaire pour succéder, soit seuls, soit en concours avec d'autres, de monter à un degré plus proche; si lorsque se trouvant tous à égal degré et pouvant ainsi arriver à la succession de leur chef, les neveux et nièces ne devaient pas partager par tête, encore bien qu'ils fussent issus, en nombre différent de plusieurs frères ou sœurs du *de cujus*. « Ce fut là, dit Guyné (*De la Repr.*, p. 169), une question fameuse entre Azon et Accurse. »

Azon disait qu'en ligne collatérale il n'y avait pas lieu, dans ce cas, à la représentation, et que le partage devait se faire par tête. Accurse, son élève, s'était sur ce point séparé de la doctrine de son maître et soutenait qu'alors même que la représentation était inutile pour venir à la succession, elle n'en devait pas moins être admise, non-seulement en ligne directe, mais aussi en ligne collatérale, à l'effet d'amener le partage par souche. L'opinion d'Accurse eut pour défenseur Dumoulin qui, sous l'article 3 du titre XII de la coutume d'Auvergne, l'a reproduite et adoptée. Mais elle fut entièrement abandonnée.

Voici les textes sur lesquels s'appuyaient cette opinion : « Hæreditas proximo adgnato, id est, ei quem nemo antecedit, defertur : et si plures sint ejusdem gradus, omnibus in capita scilicet; ut puta duos fratres habui, vel duos patruos; unus ex his unum filium, alius duos reliquit : hæreditas mea in tres partes dividetur, » dit la loi 2, § 2, *De suis et legit. hered.*, XXXVIII, 16.

Digitized by Google

De cette loi et du § 4, *Des instit. de legit. agnat. succ.*, il résulte qu'en succession collatérale l'hérédité ne se partage pas par souche, mais par tête. Le droit nouveau qu'avaient introduit les Novelles avait, il est vrai, dérogé à ce principe, mais précisément parce que c'était une dérogation, on ne pouvait pas étendre au delà des hypothèses qu'elle avait prévues, le droit pour les neveux de venir par représentation et ce droit ne leur était accordé que dans trois cas : pour les faire venir à la succession en concours avec leurs oncles ou tantes ou même à l'exclusion de ceux-ci, pour les faire concourir avec des frères ou sœurs germains et des ascendants du défunt, s'ils sont eux-mêmes descendants de frères ou sœurs germains prédécédés et enfin pour les faire succéder à l'exclusion des oncles et tantes du défunt; mais lorsqu'ils se trouvent seuls en égal degré, soit parce que le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, soit même s'il en a laissé, parce qu'ils ont tous renoncé, toutes les fois, somme toute, qu'ils n'ont pas besoin pour être héritiers du secours de la représentation, on revient forcément au principe du droit commun et le partage se fait par tête.

L'authentique cessante qui servait de base à l'opinion d'Accurse et de ses partisans, ne peut donc pas être invoquée à bon droit, puisque loin de renverser l'autorité des textes, elle la corrobore au contraire en reproduisant sans aucune modification les dispositions des novelles et en ne parlant comme celles-ci de représentation pour les neveux que dans les cas qui viennent d'être énumérés.

Azon allait plus loin encore, et soutenait que ce n'était pas seulement en ligne collatérale que le partage devait se faire par tête, mais aussi en ligne directe lorsque les descendants venaient seuls à égal degré. Cette fois ce fut

Digitized by Google

l'avis d'Accurse qui prévalut, ainsi que l'atteste Dumoulin sur l'article 9 du titre 12 de la coutume d'Auvergne : « Semper observata fuit opinio Accursii contra Azonem quod in stirpes; » et en effet, l'opinion d'Azon ne pouvait pas se soutenir en face de textes aussi formels que les suivants : « Si ex duobus filiis nepotes neptesve exstant, disent en effet les Institutes, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia » (liv. III, tit. I, § 6, *in fine*), et encore : « Ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non capita sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filiâ distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas » (*eod. tit.*, § 16). Malgré ces textes décisifs, si la question a été controversée, c'est qu'on ne voit pas trop pourquoi, dans le même cas, la représentation a été donnée aux petits-enfants et refusée aux neveux. La raison qu'on en donne n'est pas très satisfaisante. En ligne directe, dit-on, où elle s'étend à l'infini, cette institution a été établie non seulement pour empêcher l'exclusion par le plus proche en degré, mais aussi pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la postérité du défunt; au contraire, en ligne collatérale où elle n'est accordée qu'aux seuls neveux, elle n'a qu'un seul but, c'est de les faire venir à la succession dont ils auraient été exclus par les frères ou sœurs du défunt; si par conséquent ils peuvent venir de leur chef, la représentation n'a plus de but et le partage se fait par tête (Pothier, *Traité des succ.*, ch. II, sect. 3, art. 1, § 1; Lebrun, *Traité des succ.*, titre III, ch. V, sect. 2).

Mais comment de ce que la représentation en ligne collatérale n'est admise que pour les seuls neveux, con-

Digitized by Google

clure qu'elle ne puisse pas avoir en outre du but qu'on lui reconnaît, celui d'assurer intégralement aux neveux les droits qu'auraient eus les père ou mère prédécédés? Pourquoi tirer de cette limitation la conclusion que la représentation doive être forcément bornée au cas où elle est indispensable pour empêcher l'exclusion par le plus proche en degré. S'il était donc bien certain, à cause des textes, que la différence entre la ligne directe et la ligne collatérale ne peut être mise en doute, elle ne semble pas très rationnelle, et l'on comprend aisément la tendance d'Accurse et d'Azon à assimiler les deux cas. Sans doute, Accurse se trompait en soutenant que le partage par souche avait lieu même en ligne collatérale, et de son côté Azôn allait trop loin en le refusant aux descendants en ligne directe; mais s'il est vrai de dire avec Lebrun que : « Ces deux docteurs ont un peu décliné du droit « chemin sur la matière de la représentation et du par- « tage par souche en égal degré, du moins faut-il recon- « naître que s'ils n'étaient pas d'accord avec les textes, « ils l'étaient du moins avec la logique » (liv. III, ch. v, sect. 2, n° 25).

On emprunta à chacune de ces deux opinions ce qu'elle avait de vrai. Le partage par souche prévalut en ligne directe (arrêt du 15 avril 1580. Julien, *Comment. sur les États de Prov.*, n° 439), et le partage par tête en ligne collatérale (arrêt du 6 juin 1547; Lucius, arrêt 5, titre x).

Il y avait deux cas cependant où, bien que les enfants de frères ne concourussent pas avec un de leurs oncles, le partage se faisait par souche et non par tête.

1° Lorsque les neveux concouraient non avec leurs propres oncles, mais avec les oncles du défunt.

Digitized by Google

Il est vrai que sur ce point il y eut un instant une tendance à abandonner l'interprétation suivie jusqu'alors, et que le texte déjà cité, *Quandoquidem igitur fratris,* Novelle 118, ch. III pr., fut fort tourmenté. La Novelle, a-t-on dit, après avoir admis les enfants des frères à concourir avec les oncles, frères du défunt, à la succession d'un oncle, ne leur accorde ce droit que si le *de cujus* a laissé des frères et des neveux. Dans ce cas, bien que les enfants des frères soient au troisième degré et les frères au second, les neveux excluent les oncles du *de cujus* parce qu'ils représentent leur père, mais ils ne le représentent qu'à condition de venir en concours avec les frères du *de cujus.* Les oncles du *de cujus* et ses neveux sont au troisième degré, et s'ils sont seuls en présence, il n'y a pas de représentation pour les neveux, car en ligne collatérale la représentation n'est pas admise à égalité de degré; il n'y a donc pas de raison pour préférer les neveux aux oncles du défunt, chacun reste dans son degré, et le partage se fait par tête. D'après cette opinion il faut donc dire que les neveux qui viennent en concours avec des frères du *de cujus* ont le bénéfice de la représentation qui, les plaçant au deuxième degré, leur permet d'exclure leur grand-oncle; mais admettre cette interprétation n'est-ce pas fausser l'idée de Justinien, car qu'avait-il besoin de faire un texte nouveau pour nous dire ceci. Si la Novelle avait été muette, les oncles du défunt auraient de même été repoussés par les frères ou sœurs qui seraient venus de leur chef à un degré plus rapproché.

Mais les arrêts ont interprété ce texte de manière à admettre la représentation si bien que quoique tous, au troisième degré, les neveux et nièces, en prenant la place de leur père ou mère se trouvent plus rapprochés d'un

Digitized by Google

degré et doivent, par conséquent, exclure tous les collatéraux qui n'ont pas, comme eux, le bénéfice de la représentation (Boutaric, l. III, t. I, p. 382. *Inst. de Just.*).

2° Lorsque le *de cujus* était mort sans laisser d'enfants mais ayant des frères germains et des frères consanguins. En supposant les frères germains prédécédés, leurs enfants excluent le frère consanguin qui est leur oncle; mais dans cette hypothèse, bien qu'il n'y ait concours qu'entre neveux, ils partageront par souche parce que pour exclure leur oncle, frère consanguin du *de cujus,* on est forcé d'admettre qu'ils représentent leur père qui avait sur lui l'avantage du double lien (Boutaric, *eod. loc.,* p. 383).

Nous devons ajouter que si la Novelle 118, ch. I, appelait les enfants à la succession de leurs père et mère, aïeul et aïeule, sans distinction de sexe, les pays de droit écrit avaient modifié la Novelle sur ce point. Les filles étaient exclues de la succession *ab intestat* de leurs ascendants lorsqu'elles venaient en concours avec des enfants mâles; elles conservaient toutefois leur légitime (*Comment. sur stat. de Provence,* Julien, tom. I, sect. I, n° 5). C'était une concession faite aux règles de la féodalité.

Mais la représentation en ligne collatérale ne fut jamais étendue, dans les pays de droit écrit, pas plus qu'en droit romain, en dehors des enfants des frères; les petits-neveux même n'eurent pas le privilège d'invoquer le bénéfice de cette institution pour succéder à un grand-oncle (Arrêts du Parl. de Toulouse, sept. 1593, 9 mars 1626. Louet, *Arrêts notables des parl.,* t. II, p. 567).

Après avoir passé en revue les différentes hypothèses prévues par les textes ou débattues par les commentateurs, examinons rapidement si dans les cas où la repré-

Digitized by Google

sentation était admise, on représentait ces personnes vivantes. C'est une règle constante que la représentation des personnes vivantes n'était pas admise. Celui qui vit naturellement et civilement remplit lui-même son degré; d'ailleurs les Novelles, en parlant de ceux qui viennent par représentation, supposent toujours le prédécès de leur père ou mère. « Si quem descendentium filios relinquentem mori contigerit » (ch. I), « si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis præmortuorum filii... si forte præmortuus frater cujus filii vivunt » (ch. III).

On ne peut, par conséquent, représenter une personne qui a renoncé à la succession. Aucune loi, en effet, ne décide que celui qui renonce doit passer pour mort. Il en était de même pour l'exhérédé, mais on avait admis la distinction entre le cas où le fils exhérédé avait survécu à son père, cas où la représentation n'était pas admise, et celui où il était mort avant le *de cujus;* ici, les petits-fils étaient admis à la représentation, il n'y avait pas eu, à proprement parler, exhérédation; mais même dans cette hypothèse il fallait excepter le cas où le fils aurait été exhérédé pour s'être marié sans le consentement de son père, car il y avait alors une raison toute particulière pour étendre la peine aux enfants de l'exhérédé (Boutaric, *Inst. de Justin.*, p. 373).

PAYS DE DROIT COUTUMIER.

Nous venons de voir que la représentation se perpétua dans les pays de droit écrit qui empruntèrent cette institution aux Novelles de Justinien; il n'en fut pas de

Digitized by Google

même dans les pays de droit coutumier plus profondément bouleversés par les invasions des Germains et où les Romains conservèrent moins longtemps leur suprématie. Il faut donc, avant d'examiner le droit des pays coutumiers, jeter un coup d'œil rapide sur celui des lois barbares. Nous diviserons ainsi l'étude de la représentation dans les pays de droit coutumier : 1° lois barbares; 2° la législation des pays coutumiers avant la rédaction officielle des coutumes; 3° la législation des pays coutumiers depuis la rédaction des coutumes.

LOIS BARBARES.

Avec le texte seul de la loi salique, il serait peut-être difficile de dire si la représentation était ou non connue des Germains. On dit généralement que la représentation n'était pas admise, et on appuie cette opinion sur l'article 5 du chapitre 62, *De allode* : « ... *quicumque proximiores fuerint de paternâ generatione ipsi in hereditatem succedant.* » Sans doute, ce texte semble montrer que les Germains rejetaient la représentation, mais il perd beaucoup de sa valeur si on songe que les articles qui le précèdent n'ont trait qu'à la succession d'une personne qui n'a pas laissé d'enfants : « *Si quis homo mortuus fuerit et filios non dimiserit...* » Un texte qui serait plus concluant si on le tenait pour authentique, serait le suivant : « De terra vero salica in mulierem nulla portio hereditatis transit, sed hoc virilis sexus acquirit, hoc est filii in ipsâ hereditatis succedunt. » Et Hérold ajoute : « Sed ubi inter nepotes aut pro nepotes, post longum tempus, de alode terræ contentio suscitatur, non per stirpes sed per capita

Digitized by Google

dividantur » (Loi sal., tit. LXII, § 6). Il est évident que si l'on n'admet la véracité de ce texte, la conclusion forcée qu'on en tire était que la représentation n'était pas pratiquée; mais comme ce texte ne se trouve que dans l'édition d'Hérold et que son authenticité est par conséquent discutable, nous aimons mieux, pour dire que la représentation était inconnue des Germains, nous appuyer sur l'édit que Childebert rendit en 595 pour permettre aux petits-enfants de succéder concurremment avec leurs oncles ou tantes, et où il ne parle des collatéraux que pour les exclure : « Ita Deo propitiante Amonaco Kalendas Martias anno vicesimo regni nostri ,c onvenit ut nepotes ex filio vel ex filiâ ad aviaticos res cum avunculos vel amitas sic venirent in hereditatem, tanquam si pater aut mater vivi fuissent. De illis tamen nepotibus istud placuit observari, qui de filio vel filiâ nascuntur, non qui de fratre. » Que conclure de cet édit, sinon que jusque-là le contraire était observé. « Originairement chez les Francs, dit M. Viollet, le fils du *de cujus* excluait le petit-fils d'un autre enfant prédécédé dans la succession de son grand-père, l'oncle excluait le neveu et cela n'avait rien d'extraordinaire dans une société où souvent la force excluait le droit. »

Cependant il est des lois germaines qui ont connu la représentation en ligne directe et l'ont pratiquée. La loi des Burgondes nous dit par exemple : « De hereditatum successione adtentius pertractantes statuimus, ut si pater cum filius sortem suam diviserit, et postea mori filium vivo patre contigerit sine filius, pater facultatem filii integram usufructuaria jure vindicet portionem; quam inter filios et nepotes ita moriens dimittat, ut quanti nepotes ex uno filio fuerint qui patrem non habent, portionem patris sui vindicent qualem pater eorum habiturus erat » (*Lex*

Digitized by Google

Burg., LXXVIII, Pertz, t. III, p. 565). Grimoald, roi des Lombards, avait accordé non-seulement aux enfants légitimes, mais même aux enfants naturels le droit de représenter leur père : « Si quis habuerit filios legitimos unum aut plures et contigerit unum ex filiis vivente patre mori et reliquerit filios legitimos unum aut plures, et contigerit avo mori, talem partem percipiant de substantiâ avi sui una cum patrius suis, qualem pater eorum inter fratres suos perceptus erat si vivus fuisset similiter, et si filiæ legitimæ una aut plures, et si filiæ legitimæ una aut plures, et si filii naturales unus aut plures fuerint habeant legem suam sicut in hoc edicto legitur (*Lex Langob.*, Pertz, t. IV, p. 401).

On peut donc se demander si l'origine de la représentation dans notre pays procède de la législation justinienne et si l'édit de 595 s'est inspiré de la Novelle de 543, ou si Childebert ne fit que sanctionner une institution déjà établie; il est vrai que, même en supposant que Childebert ignorât cette Novelle, ce qui n'aurait rien d'invraisemblable, le droit de Justinien étant surtout appliqué à l'Orient, il n'y aurait rien de surprenant à ce que ce prince eût de lui-même trouvé la représentation, car c'est une chose si naturelle qu'elle est forcément connue, même de ceux qui se refusent à l'admettre. En tout cas, l'édit de Childebert ne devait pas sanctionner une institution entrée dans les mœurs, car mal suivi dès le principe, cet édit tomba bientôt en désuétude; la preuve en est dans la formule XXII de Sirmond, où l'on voit qu'un père laissant des enfants et des petits-enfants, les enfants viennent à la succession du père sans que les petits-fils soient admissibles à concourir avec leurs oncles, car l'aïeul dit en

Digitized by Google

s'adressant à ses petits-fils : « Dum et per legem cum filiis meis avunculis vestris in alode meo ad integrum minime succedere poteratis..... volo ut in omni alode meo post meum decessum quicquid moriens reliquero... ita et vos cuma vunculis vestris succedere. » Une formule semblable, et dans des termes pareils, se trouve dans Marculfe, liv. II, tit. x : « Eo vero pensans consanguinitatis causâ dum et per lege cum cæteris filiis meis avunculis vestris in alode meo succedere minime potueratis ideo per hanc epistolam vos dulcissimi nepotes mei, volo ut in omni alode mea post meum dicessum, si mihi suprestis fueritis. » Si la représentation avait été en usage, le rappel eût été bien inutile. Ces formules nous prouvent donc que la représentation légale ne suffisait pas et que l'ordonnance était fort mal pratiquée.

On peut dire, du reste, que pendant toute cette époque l'hérédité n'eut jamais de règles bien fixes; ce ne sont que luttes entre parents, chacun voulant amoindrir à son profit la part des autres, et le fer qui tranchait les différends donnait au plus fort les successions convoitées; à la mort de Pépin ses deux fils Charlemagne et Karloman se partagent l'État; mais quand meurt Karloman, Charlemagne son frère dépouille sa veuve et ses enfants dont il était l'oncle de l'héritage paternel, ce qui n'empêcha pas, en 806, cet empereur de dire après la division de l'empire qu'il fit entre ses trois enfants, que : Si un des trois frères a un fils, ce fils doit être préféré à ses oncles si le peuple l'élit (capitul. 1, de l'an 806, art. 5, Baluze, p. 439, 442) : « Quod si talis filius cuilibet istorum trium « fratrum natus fuerit quem populus eligere velit ut patri « suo succedat in regni hereditate, volumus ut hoc con- « sentiat patriu ipsius pueri, et regnare permittant filium

Digitized by Google

« fratris sui in portione regni quam pater ejus frater « eorum habuit. »

Si la représentation avait été admise lorsque mourut Charlemagne lui-même ne laissant des fils qu'il avait eus, que Louis le Débonnaire et Bernard son petit-fils, enfant de Pépin son aîné qui était prédécédé, Louis le Débonnaire, au lieu de garder exclusivement l'empire sur l'ordre de son père, ne l'eût-il pas partagé avec son neveu Bernard?

Dans toute cette période, le droit de représentation est donc très incertain, ce n'est qu'à la fin du xe siècle qu'il apparaît d'une façon précise. En l'an 941, sous l'empereur Othon I, la question en Allemagne fut vivement débattue et la difficulté tranchée à coups d'épée. Ce fait est rapporté par Witikind, moine de Corbie, dans son *Histoire de Saxe,* liv. II, t. I. La diversité des lois fit naître une discussion, dit cet historien. Quelques-uns pensaient que les fils des fils ne devaient point compter parmi les fils, ni prendre en rang légitime leur part à l'hérédité concurremment avec ces derniers, dans le cas où leur père serait mort du vivant de l'aïeul. L'empereur rendit alors un édit qui convoquait une assemblée générale dans la ville de Steil. L'assemblée décida que la question devait être examinée par des juges spéciaux; mais le roi, par un conseil meilleur, ne voulut pas que les nobles et les anciens du peuple s'exposassent à d'indécentes discussions. Il ordonna que la chose fût décidée par des champions. Or, le parti qui soutenait que les fils des fils comptaient entre les fils fut vainqueur, et il fut réglé qu'ils prendraient part avec leurs oncles paternels et que ce serait chose stable et ferme à jamais. La représentation, en effet, fut aussitôt admise en Allemagne et

Digitized by Google

dans plusieurs autres états, et, à partir de cette époque, elle s'introduisit successivement, quoique avec beaucoup de lenteur, dans la plupart de nos coutumes.

DROIT COUTUMIER

AVANT LA RÉDACTION OFFICIELLE DES COUTUMES.

Ce ne fut que très difficilement que la représentation s'introduisit dans les pays coutumiers; cette institution était en effet contraire à l'esprit de la féodalité. Avec les derniers Carlovingiens la royauté avait perdu toute autorité et toute force, et tout grand propriétaire foncier chaque jour plus hardi à mesure que le pouvoir royal baissait, ne reconnaissait le roi que comme son suzerain quand il ne le traitait pas d'égal à égal. Le territoire était divisé en une foule de seigneuries distinctes, que chaque seigneur, entouré de voisins ombrageux et menacé de guerres continuelles, avait taillées en une multitude de fiefs pour se créer des défenseurs. Leurs sujets eux-mêmes avaient besoin pour les défendre de chefs forts et expérimentés; on comprend qu'au milieu de ces luttes perpétuelles la représentation n'eut pas cours; en effet, elle « était contraire aux intérêts de la féodalité, car « elle profitait le plus souvent à des enfants en bas-âge, « et le seigneur avait intérêt à avoir des vassaux en état « de combattre » (Buche, *Essai sur l'anc. cout. de Paris,* p. 121).

De plus, on peut ajouter que la représentation était contraire à cette règle de bonne heure introduite par les légistes; « la mort saisit le vif son hoir le plus proche

Digitized by Google

« et habile à lui succéder. » Cette règle admise, il était naturel d'appeler à la succession de l'aïeul de préférence aux petits-enfants les oncles ou tantes qui étaient plus proches parents qu'eux (*Inst. de Just.*, l. III, t. I, p. 372, Boutaric).

Pour montrer l'indécision qui régnait dans cette matière, nous allons passer en revue un certain nombre d'arrêts qui eurent à juger des cas où l'on se demandait si l'on devait admettre la représentation en ligne directe d'abord, puis en ligne collatérale, et la diversité des jugements nous permettra de constater combien les esprits furent flottants et quelle incertitude régnait dans la jurisprudence.

Sous Louis le Gros, nous voyons que le comte de Bourbon Archambauld était mort laissant un fils et un frere, Hamon. Son frère voulut profiter de la jeunesse de son neveu pour se rendre maître du Bourbonnais, alléguant que ce n'était pas son fils qui devait lui succéder, mais lui, son frère, et que de même que son frère lui avait été préféré autrefois comme aîné, il devait aujourd'hui succéder en ordre comme puîné, de la maison. La mère et les amis du fils d'Archambauld opposaient à Hamon « le droit de représentation invio-« lable en France aux grandes maisons, qui est que le « fils du frère aîné représente son père et sans doute suc-« cède à tous ses droits pour en jouir comme si lui-même « vivait, attendu que le père renaît en son fils. » Mais comme Hamon allait invoquer le grand argument, les armes, on résolut de porter le différend au roi Louis le Gros qui, sur l'avis de son conseil, déclara Archambauld, légitime héritier (*Trésor du droit fr.*, t. III, p. 227).

Digitized by Google

Il ne faudrait pas croire cependant que la question de savoir si la représentation devait ou non être admise ne fut pas une des questions les plus controversées de cette époque. L'arrêt de Louis le Gros ne tranche pas du reste un différend portant sur la représentation telle que nous l'entendons aujourd'hui; c'est un fils qui succède à son père et qu'un oncle voudrait écarter de la succession paternelle pour se substituer à sa place dans les biens du *de cujus*. Loin de conclure à l'existence de la représentation, bien que ce texte invoque ce mot, il semblerait plutôt la nier, car il serait une preuve des fantaisies successorales de l'époque où l'hérédité était moins réglée par la loi que par la force. Il est bien évident que dans l'espèce que nous venons d'examiner l'oncle ne pouvait pas équitablement exclure son neveu qui était le fils du *de cujus;* mais changeons l'espèce et supposons qu'il s'agisse de la succession de l'aïeul, auquel cas se présentera une véritable question de représentation. Cette espèce est prévue par un texte de Glanville (l. VII, ch. III), qui nous apprend que de son temps la question était controversée : « Cum quis autem moriatur, habens filium post natum, et ex primogenito filio præmortuo nepotem, magna quidem juris dubilatio solet esse, uter illorum preferendus sit alii in illa successione, scilicet utrum filius an nepos. » Certains juristes donnaient la préférence à l'oncle parce que l'oncle était certainement d'un degré plus rapproché que le neveu : « Quia filius primogenitus, cum mortem patris non expectaret nec expectavit quousque hæres ejus esset et ita cum post natus filius supervixerat tam fratrem quam patrem. » D'autres, au contraire, prétendaient que le petit-fils a pris dans la succession de son

Digitized by Google

père [1] le droit que celui-ci avait et doit exclure son oncle, comme l'aurait exclu son père s'il vivait encore. Glanville ne tranche pas la question mais par *à contrario* nous disons qu'il repoussait toute idée de représentation, car plus loin dans le même passage, il préfère à l'oncle le petit-fils du défunt si son père prédécédé avait été admis avant sa mort par le *de cujus* à porter hommage au seigneur. Le petit-fils aîné a donc un grand intérêt à ce que son père ait été autorisé du vivant de l'aïeul à porter hommage au seigneur, puisqu'en cas de prédécès du fils aîné, le petit-fils, son enfant, serait préféré à ses oncles.

Les établissements de Normandie, dans deux chapitres différents, prévoient la même hypothèse et donnent des solutions contradictoires. L'une n'admet pas que le petit-fils né d'un fils aîné prédécédé puisse concourir avec un fils puîné, elle l'exclut; l'autre, au contraire, admet la solution inverse (Marnier, *Établ. de Norm.*, ch. XIII de la partie aux neveux, ch. XXIV de la partie de frères). Bien que ces deux solutions soient relatées dans cet ouvrage, il est probable que la seconde était généralement suivie, bien que certains auteurs pussent ne pas partager cette opinion. En effet, la question se retrouve toute entière dans l'ancien Coutumier de Normandie (ch. XXV, *De escheance*), et voici en quels termes y est tranchée la question : « Pour ce lent doit savoir que l'ainé, fils « et hoir de son père, et tous les autres estres ses hoirs « qui sont en icelle ligne, de même lignage, jaçoit ce « que plusieurs soyent à l'encontre de cette coutume qui « souloit estre anciennement gardée en Normandie, qui

(1) Si pater suus non fuerit abavo suo foris familiatus.

Digitized by Google

« dient que la succession qui vient du père au fils, le « neveu ne doit pas avoir l'héritage de son aïel, jaçoit « ce qu'il soit fils à l'ainé fils, qui mourut en vivant son « père..... et en ce cas, ils ont mué la coutume et le droit « de Normandie, car le fils à l'ainé doit toujours avoir « le droit de l'ainesse. » Et Boutillier, dans la *Somme rurale,* p. 456, disait : « Selon l'usage de Normandie « auquel plusieurs usages se consonet, pour ce qu'il est « fondé sur droit escrit, le fils ainé a l'héritage qui « vient par la succession de son père et sa mère, son « fils ainé le représente ou son plus prochain hoir qui « d'icelle même ligne descend. Et s'il ne demeure nul « enfant qui soit descendāt de cestuy aisné fils, l'aisné « frère après le représente. Et ainsi peux et dois savoir « et entendre des frères ensuivāts : et si tous les enfants « estoient morts avant que le père, ou que nuls enfants « n'eust, ce viendra à son fils aisné frère ou à son plus « prochain qui de lui sera issu et si celui n'avait nuls « frères, ne enfants de frères, scachez que la succession « reviendrait à l'hoir. »

Au XIIIe siècle, du temps de Beaumanoir, la représentation existait-elle? Nous ne le pensons pas, car, trouver des allusions à la représentation dans les textes de cet auteur serait peut-être lui prêter ce qu'on aurait dans l'esprit. Se fût-il contenté de parler si brièvement et par allusion d'une disposition aussi importante, et qu'eût rendu plus remarquable encore le contraste qui aurait existé sur ce point entre la Coutume de Beauvoisis et celles des autres pays. Dans son chapitre XIV, *Des héritages,* n° 10, *in fine*), Beaumanoir dit : « Car l'oir « qui vient en descendant represente tos jors le persone « du père et de la mère du droit qui pooit venir au

Digitized by Google

« père et à la mère en descendant. » Mais ce texte n'est pas assez concluant pour affirmer que la représentation fut admise. Beaumanoir en employant ce mot représente, avait-il dans l'idée le sens juridique que nous y attachons; on peut en douter et nous pensons plutôt qu'il voulait dire que si le *de cujus* a laissé un frère et des enfants d'un fils prédécédé, ses petits-enfants primeront son frère, non parce qu'ils représentent leur auteur, mais parce que tant qu'on peut trouver en ligne descendante un héritier « combien qu'il soit eslongé par le mort des père et des mère, » on doit le préférer aux frères ou autres « combien qu'il me fust près, » car ils ne sont que des collatéraux (1). Ce texte n'est donc pas concluant car, malgré le mot « représente, » il peut viser le cas où de préférence à d'autres héritiers, les petits-enfants viendront de leur chef prendre les droits qui peuvent venir au père et à la mère dont ils sont issus. Dans le même chapitre XIV, n° 27, Beaumanoir dit encore : « Aucun païs sont, si comme à Beauvais en Beau-
« voisis et en le banlieue d'icelui quand à ce qui est en
« ladite banlieue et en ladite ville, là u li niés partist
« à l'oncle; mais ce n'est pas par nostre coutume; car
« par nostre coutume, tout ce qui vient en partie soit
« descendant soit d'esquéance, li plus prochain l'emporte
« du costé dont l'esquéance vient; et çascuns doit savoir
« que li oncles est plus prochains que li niés, car il est
« un point plus aval et li oncles demeure el point que il

(1) Peut-être pourrait-on comparer à ce texte l'article 914 C. civil. « Pour le calcul de la réserve, les descendants ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant. » Ces mots qu'ils représentent ne signifiant rien autre chose que dont ils sont issus.

Digitized by Google

« père au nies estoit. » Si le premier texte pouvait nous laisser quelque incertitude, ce texte-ci, malgré sa forme un peu amphibologique, va nous l'enlever.

Pour nous cette hypothèse est la même que celle que nous avons déjà rencontrée dans Glanville; il s'agit d'un petit-fils venant à la succession de son grand-père en concours avec un fils du *de cujus* dont il est le neveu. Que le texte manque de précision et que ces mots « niès et oncle » ne soient très élastiques, nous le reconnaissons; mais si avec notre espèce le texte s'explique facilement, il en serait différemment si on la rejette. En effet, disons-nous, le petit-fils du *de cujus* vient « descendant » en concours avec son oncle; son oncle est, au premier degré du *de cujus* puisqu'il est son fils, lui petit-fils n'est qu'au second degré et comme la représentation n'est pas admise « li oncle demeure el point que li père au niès estoit, » et le neveu est exclu de la succession de son grand-père.

Pour dire que Beaumanoir a entendu parler de l'oncle du *de cujus,* quelle hypothèse faudrait-il supposer? Comme en ce cas on ne pourrait pas raisonnablement admettre que par « niès » Beaumanoir ait entendu désigner le fils du *de cujus;* puisque le descendant est préféré à tout autre héritier, même aux frères du *de cujus,* à plus forte raison doit-il l'être à ses oncles; il faudrait supposer que l'oncle du *de cujus* n'est plus en concours avec un descendant mais avec un neveu, et alors de quel neveu s'agira-t-il, du neveu du *de cujus;* mais le neveu du *de cujus,* comme son oncle, sera à égalité de degré; du neveu de l'oncle, mais il est le frère du *de cujus,* et par conséquent, plus proche d'un degré et Beaumanoir, dans l'un comme dans l'autre cas, n'aurait pas dit que « li oncle est plus prochain que li niès. »

Digitized by Google

Si la représentation en ligne directe était repoussée, à plus forte raison devait-il en être de même de la représentation en ligne collatérale qui, reposant sur une affection plus lointaine déjà, s'impose moins nécessairement à l'esprit. Nous verrons, en effet, que lorsque la représentation s'introduisit dans les coutumes, on l'adopta d'abord pour les enfants des enfants, et ce ne fut que plus tard qu'on étendit cette faveur aux descendants des frères. Il n'est donc pas surprenant qu'on trouve à l'époque qui nous occupe des textes qui rejettent la représentation en ligne collatérale. On peut citer les suivants :

A la mort de son frère Richard Cœur de Lion, Jean-Sans-Terre s'empara de son héritage malgré les droits de son neveu Arthur, fils posthume de son autre frère Geoffroy et de Constance, héritière de Bretagne. En admettant la représentation, il est bien évident qu'Arthur avait des droits égaux à ceux de Jean. Sans doute, Philippe-Auguste soutint le neveu contre l'oncle, mais, peut-on conclure de la guerre qui en résulta, que le roi n'avait recours aux armes que pour soutenir une cause qui lui semblait juste, et faire triompher le système de la représentation. Nous croyons que ce motif ne devait guère le toucher et que s'il prenait le parti d'Arthur, c'était plutôt pour diminuer la puissance de Jean-Sans-Terre en démembrant ses États. Quant aux barons Normands, directement intéressés dans le choix des compétiteurs, ils pensèrent qu'il leur valait mieux choisir pour roi un homme habile et vigoureux, qu'invoquer le droit de représentation pour n'avoir à leur tête qu'un enfant incapable de les défendre, aussi se déclarèrent-ils pour Jean-Sans-Terre (Hume, *Hist. d'Angl.*, liv. III, ch. II, p. 174).

Digitized by Google

Dans Beaumanoir (ch. XIV, *Des esqueances,* n° 28), nous trouvons le passage suivant : « Nos veismes un « débat que uns héritages escoy à plusors cousins ger- « mains qui estoient venu de frères et de sereurs, et li « cousin germain qui estoient descendu des frères malles « ne voloient pas que lor cousin germain qui estoient « descendu des serors emportassent rien de celle es- « queances; car ils disoient que se lors peres vesquit « et la mere de lors cousins germains qui estoient frere « et sereur et l'esqueance fut venue à lors tans, li frères « qui lor pere avoit esté, en eust le tout porté parce que « li héritages estoit de fief, » et les enfants des sœurs prétendaient que la raison que les enfants des frères mettaient en avant n'avait aucune valeur, « car il disoient que on doit jugier les coses qui aviennent selonc le tans c'on trueve présent; et tout présentement il estoient prové cousin germain et en un meisme degré de lignage etoir malle... et il fut jugié qu'ils partiroient à cele esqueance de costé tout communalment comme cousin germain. »

En 1270, saint Louis était mort laissant deux frères : Charles d'Anjou et Alphonse, comte du Poitou. A la mort d'Alphonse, Philippe le Hardi, fils de saint Louis, occupa le Poitou et l'Auvergne qui en relevait, et lorsque Charles d'Anjou plus tard (en 1284), lui réclama ces pays, s'appuyant sur ce que lui, Charles, frère d'Alphonse, en était plus proche parent que lui Philippe, qui n'en était que son neveu, au lieu d'invoquer le bénéfice de la représentation. Philippe allégua que son oncle avait reçu de son père le Poitou, et que la coutume était que lorsqu'un roi donnait en apanage une terre à ses frères, si le donataire mourait sans descendance, l'apanage retournait de plein droit au roi ou à ses enfants; et le

Digitized by Google

texte ajoute, inutilement peut-être : « Et in hoc casu nepos patruum excludit, cum idem nepos suo jure et generali consuetudine in omnibus personam patris donatoris repræsentet. » Mais ce dernier membre de phrase a bien l'air de vouloir dire que dans les cas ordinaires la représentation n'existait pas, et que l'oncle excluait le neveu. Il est vrai, qu'eût-elle existé, Philippe eût eu tout intérêt à ne pas l'invoquer, puisqu'elle lui eût fait subir le concours de son oncle, tandis que la raison d'État qu'il mettait en avant faisait retourner l'apanage à la couronne. Il faut avouer cependant que le texte cité, ainsi que les prétentions de Charles d'Anjou à la totalité du comté, ne s'expliquerait pas facilement, si l'on devait croire que la représentation en ligne collatérale eût été alors admise (Boutaric, *Arr. du parl.*, t. I, p. 388, n° 357).

Il ne faudrait pas croire cependant qu'il soit impossible de citer des textes où la représentation fut admise. Pour la représentation en ligne directe, on peut citer la décision de l'Echiquier de Normandie, rendue en 1224 : « Judicatum est quod si aliquis habeat filios, et si maritet antenatum filium suum, si contigerit quod antenatus ille habeat heredem de uxore suâ desponsatâ et filius ille antenatus moriatur, heres antenati filii habebit de hæreditate avi sui hoc quod pater suus haberet si viveret » (L. Delisle, *Recueil du jugem. de l'Échiquier*, p. 92, n° 361). Pour la représentation en ligne collatérale, on trouve de même des textes où on voit cette institution pratiquée.

En 1223, nous trouvons un arrêt de la cour du roi, rendu à Vernon, adjugeant après la mort du comte Jean, le comté de Beaumont-sur-Oise à Thibaud d'Ailly, cousin-

Digitized by Google

germain du défunt, et déboutant ses autres cousins-germains qui avaient pour mère Béatrix et Marie, sœur d'Ive de Bomont, le père de Thibaud. Cette espèce est la même que celle que nous avons eu l'occasion d'examiner déjà dans Beaumanoir, et les raisons alléguées par les deux parties sont semblables. Que dit Thibaud, en effet : « Filius erat masculi, qui si superixisset, totus comitatus cum pertinentis ad ipsum devolutus esset, predictis Maria et Beatrice sororibus exclusis omnino a successione hereditatis, dicti comitatus, nam si pater ejusdem Theobaldi et matres predictorum viverent, matres eorum in predicto comitatu nihil perciperent, sed totus ad patrem suum jure successionis devolveretur. » Et les filles des sœurs répondaient qu'on devait partager le comté en parts égales : « Quia eschoeta illa invenerat illos in eodem sexu et in eodem gradu consanguinitatis. »

Mais tandis que dans l'arrêt que nous rapporte Beaumanoir la représentation ne fut pas admise, elle le fut en partie ici, car cet arrêt présente cette bizarrerie : les fils des sœurs admis au partage : « In censivis et in terris provenientibus de villenagio, in quibus communiter participabant omnes, » furent cependant exclus du comté (Boutaric, *Arrêts du parlement,* t. I, p. 103, n° 11).

On peut encore citer l'espèce suivante : Arthur II, duc de Bretagne, avait eu deux enfants d'un premier mariage, Jean et Guy, et le comte de Montfort d'un second mariage. A la mort d'Arthur, en 1312, Jean, son fils aîné, lui succéda; quelque temps après, décédait Guy, laissant une fille mariée à Charles de Blois, neveu du roi Philippe de Valois; puis Jean meurt sans enfant. Le comte de Montfort est proclamé duc de Bretagne par les prélats et barons, mais quand il voulut faire hommage

Digitized by Google

au roi, Charles s'y opposa du chef de sa femme, disant que Jean, le fils aîné, étant mort sans descendants, ses biens devaient être transmis au puîné qui venait immédiatement après lui ou à ses enfants : or, Jeanne était fille de Guy, qui, vivant, eût recueilli les biens de Jean. La mort de Guy faisait passer à sa fille, qui représentait son père, le droit que celui-ci aurait eu.

Le comte de Montfort, au contraire, prétendait que seul le plus proche parent devait être saisi du duché, d'après la règle : « Le mort saisit le vif son hoir plus proche et habile à succéder. » Mais par un arrêt donné à Conflans le 7 septembre 1341, le roi Philippe de Valois déclara que Charles, à cause de sa femme, serait duc de Bretagne, et le comte de Montfort fut débouté.

En 1291, Marguerite de Norwège, fille de Guillaume III, roi d'Ecosse, était morte sans postérité; la couronne revenait à la branche de David, comte de Hustington, frère de Guillaume. David était mort lui-même, laissant trois filles; Marguerite, l'aînée des trois sœurs, était morte, laissant une fille mariée à Buliol, qui avait un fils. Isabelle, la sœur puînée, avait un fils, Robert Bruce, alors vivant, et la cadette Adama, un fils, John Hastings. Hastings prétendit que le royaume d'Ecosse, comme tout autre héritage, était divisible entre les trois filles du comte de Hustington, et qu'ainsi du chef de sa mère il avait droit au tiers de la succession. Baliol et Bruce soutenaient, au contraire, que la couronne ne pouvait se partager, mais chacun d'eux, appuyé de raisons plausibles, mettait en avant ses titres pour exclure l'autre. Or, Baliol était issu de la branche aînée, mais Bruce était d'un degré plus proche de la souche commune. Si l'on s'en tenait seulement à la proximité de degrés, la

Digitized by Google

préférence appartenait à Bruce; si l'on avait égard au droit de représentation, Baliol se trouvait le mieux fondé. Édouard I, le roi d'Angleterre, qu'on avait pris pour arbitre pour donner plus de poids à la décision qu'on attendait de lui, proposa la question à l'assemblée et à tous les fameux jurisconsultes de l'Europe; et le roi, de l'avis de tous, prononça son jugement en faveur de Baliol; c'était donc admettre la représentation (Hume, *Hist. d'Angl.,* liv. IV, ch. XIV).

On pourrait sans doute invoquer encore une foule de textes où tantôt l'on verrait la représentation admise et tantôt repoussée; mais nous croyons que les citations que nous avons faites sont suffisantes pour nous permettre de dire que rien n'était plus aléatoire que les droits successoraux à une époque où n'existait aucune loi les réglementant d'une façon fixe. La représentation était tantôt invoquée, tantôt combattue, suivant les intérêts qu'elle servait ou lésait. On ne tenait aucun compte, dans son application, de l'affection présumée du défunt; on en faisait l'instrument d'intérêts supérieurs qui trouvaient tout avantage dans sa mobilité et sa souplesse, c'est ce qui peut nous expliquer, d'un côté, la divergence des textes que nous avons cités, et de l'autre, le rappel, institution née de la défiance que l'on avait de l'application de la représentation, institution qui se continua plus tard dans les coutumes qui n'adoptèrent pas la représentation, et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Mais nous croyons pouvoir dire qu'insérer dans les contrats de mariage cette clause de rappel que : « Là « où les futurs mariés iraient de vie à trépas, aupara- « vant leur père et mère, les enfants qui naîtraient d'eux « succéderaient à leurs aïeuls et aïeules avec leur oncle,

Digitized by Google

« nonobstant toute coutume contraire, » était la négation de la représentation légale en même temps qu'un moyen d'y suppléer. Mais si ce que nous avons dit est exact, à savoir que l'un des obstacles apportés à la représentation fut la féodalité, peut-être faudrait-il dire qu'elle exista ou du moins s'introduisit plus facilement dans la succession des biens roturiers et des meubles.

Il serait difficile d'indiquer le moment précis où la représentation a pris place dans chaque coutume. « Dans la prévôté et vicomté de Paris, dit M. Buche, p. 121, *Anc. cout. de Paris,* la représentation paraît n'être pas encore admise à la fin du XIVe siècle, même en ligne directe. » Une décision de J. Desmares la repoussait, à moins qu'elle n'ait été expressément réservée dans le contrat de mariage : « Représentation n'a point lieu en succession de collaterale ne directe, si ce n'estoit ou cas « que au traittié de mariage, que aucun feroit de sa fille « ou de son fils à aultre, feust expressément dit et accordé que, es enffans d'yceulx fils ou filles yssans « d'y celuy mariage, eut lieu représentation en la succession de leurs aiel ou aiele, père ou mère de leurs « père et mère » (J. Desmares, 238). Cette coutume se maintint pendant tout le XVe siècle, et nous pourrons constater qu'au commencement du XVIe siècle, elle avait encore assez de vigueur pour faire hésiter les rédacteurs de l'ancienne coutume de Paris.

Digitized by Google

DROIT COUTUMIER

DEPUIS LA RÉDACTION OFFICIELLE DES COUTUMES.

Ce ne fut qu'à la rédaction officielle des coutumes que la représentation, du moins en ligne directe, fut définitivement admise dans la plupart d'entre elles, car il en fut quelques-unes qui la rejetèrent toujours. Ainsi donc, avant 1510, pour la coutume de Paris, la représentation n'avait pas lieu. On peut voir, dans le procès-verbal de l'ancienne coutume de Paris, que le projet de l'article 133 portait : « Que par la coustume de la prévosté et « vicomté de Paris, représentation n'a point de lieu, s'il « n'a esté réservé en traittant le mariage : et s'il est ré- « servé à l'un, il est réservé aux autres. » Mais « après « plusieurs raisons et remontrances faites sur le contenu « audit article, par l'advis et l'opinion desdits Estats, a « esté corrigé ainsi que s'ensuit. Par ladite coutume en « ligne directe, représentation a lieu » (art. 133). C'était du moins, en ligne directe, l'abrogation des décisions de J. Desmares. Mais en ligne collatérale, la représentation continua à être repoussée par un texte formel, l'article 149 : « En ligne collatérale, représentation n'a « point de lieu. » Pour suppléer à ce défaut de représentation, l'oncle avait la faculté de rappeler à sa succession les enfants d'un frère décédé pour succéder au lieu de leur père avec leurs oncles survivants. Ce ne fut qu'en 1580 (1), à la réformation de la coutume, qu'o-

(1) Pourtant on vit encore Henri III, pour ne pas déplaire à la Ligue qui tenait les principaux ressorts de sa volonté, déclarer pre-

Digitized by Google

béissant à l'impulsion donnée par le droit romain et la tendance de plus en plus marquée des Parlements à admettre la représentation en ligne collatérale, qu'on compléta l'ancien article 133 qui devint l'article 319, en y ajoutant ces mots : « Infiniment et en quelque degré que ce soit, » pour trancher la controverse soulevée par les commentateurs sur la question de savoir si la représentation devait être admise en ligne directe *ultra nepotes*, et qu'on introduisit pour la première fois la représentation en ligne collatérale, article 320 : « En ligne col-« latérale, représentation a lieu quand les neveux ou « nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante, « avec les frères ou sœurs du décédé. Et audit cas de « représentation, les représentants succèdent par souche « et non par tête. »

La même marche est à remarquer dans l'introduction de la représentation dans la coutume d'Orléans. L'ancienne coutume, dans son article 244, avait décidé « qu'en « ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit « expressément accordée ou non par lesdits père, mère, « aïeul ou aïeule constant leur mariage ou par l'un d'eux, « le mariage dissolu. » Mais l'article 249 repoussait la représentation en ligne collatérale : « Représentation n'a « lieu en succession collatérale, sinon du consentement « de tous ceux qui y ont intérêt. Dans l'article 244, ces mots « aura lieu » montraient bien qu'avant la rédaction de 1509 la représentation n'était pas admise; en 1580, cet article devint l'article 304, son texte était identique

mier prince du sang le cardinal de Bourbon, frère d'Antoine de Bourbon, le père de Henri de Navarre, et préférer l'oncle au neveu qui était seul capable de cette prérogative. Mais on sait comment le cardinal de Bourbon renonça bientôt à son prétendu droit.

Digitized by Google

à celui de l'article 319 de la coutume de Paris, et l'on introduisit la représentation en ligne collatérale dans l'article 318 qui suit de près l'article 320 de la coutume de Paris : « En ligne collatérale, les neveux et nièces vien-« nent par représentation à la succession de leur oncle « ou tante avec les frères et sœurs du décédé. Et, en cas « de représentation, les représentants succèdent par sou-« ches et non par têtes : et outre ledit degré, représen-« tation n'a lieu. »

Le mot « représentation » inconnu, comme nous l'avons déjà vu, des jurisconsultes Romains, ne fit guère son apparition qu'à la rédaction officielle des coutumes. Il fut trouvé commode, pour imager d'un mot ce que le droit romain et le droit coutumier n'avaient jusqu'alors exprimé que par de longues périphrases. Mais bien que la représentation fût dès lors chose existante et ayant un nom, au XVIIe siècle encore on ne l'avait pas définie, c'est-à-dire classée, et Ricard se plaignait de ce que « pas un jurisconsulte n'en eût encore donné une bonne définition ou du moins une description qui pût passer pour définition » (*Traité de la représ.*, chap. I, n° 23). Celle qu'il présente lui-même est loin d'être satisfaisante. Pothier nous a laissé deux définitions de la représentation, l'une dans son *Traité des successions*, chap. II, sect. 1, art. 1, l'autre dans son introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans. On peut définir la représentation, dit-il, une fiction de droit par laquelle des enfants d'un degré ultérieur sont rapprochés et mis au degré qu'occupait leur père ou mère en la famille du défunt, à l'effet de succéder tous ensemble à sa place à la même part à laquelle leurs dits père et mère auraient succédé. Il est à remarquer que tous nos anciens auteurs ont, et cela

Digitized by Google

sous l'influence de Dumoulin, reproduit dans leur définition l'idée de fiction, à l'exception toutefois de Lebrun qui l'appelait un droit par lequel l'enfant succède au lieu de son père qui est décédé avant que la succession soit ouverte.

Nous allons d'abord étudier les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à la représentation, conditions qui, on peut le dire, étaient générales à toutes les coutumes; puis pour savoir quelles étaient les personnes qui pouvaient être représentées et quels étaient les effets de la représentation, nous nous attacherons surtout à la coutume de Paris qui avait adopté le système des Novelles, et nous verrons s'il n'est pas possible de constater en passant quelques différences entre ces deux législations.

DES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION

DANS LES PAYS DE DROIT COUTUMIER.

La représentation n'a lieu que sous certaines conditions. Nous diviserons ces conditions en deux classes : la première classe comprendra les conditions qui ne sont qu'une application particulière des principes généraux des successions, la deuxième celles qui lui sont spéciales.

SECTION I.

Conditions générales.

On ne peut pas plus être appelé à une succession par droit de représentation qu'on ne peut l'être de son propre chef, si on ne réunit pas toutes les qualités requises pour

Digitized by Google

succéder. Il est bien évident, en effet, que ce n'est pas le représenté qui peut être héritier, puisqu'il est mort avant l'ouverture de la succession. C'est le représentant lui-même personnellement qui est héritier et qui vient à la succession, *suo prorsus et proprio jure,* disait Pontanus, sur la coutume de Blois, art. 140. *Ex capite proprio et ex propriâ personâ*, disait aussi Dumoulin; il est bien évident qu'il faut que le représentant ait l'habileté personnelle de succéder à celui de la succession duquel il s'agit (Guyné, *Repr.,* p. 176). La règle est donc que c'est dans la personne du représentant que doivent se rencontrer les diverses qualités requises pour succéder. En conséquence, il est nécessaire :

1° Que le représentant existe ou du moins soit conçu avant l'ouverture de la succession. Cela est de toute évidence; on ne pourrait en effet comprendre que le néant pût acquérir un droit, et comme la capacité de succéder est requise au moment de l'ouverture de la succession d'après la règle le mort saisit le vif, c'est à cette époque que le représentant est saisi de la succession, et il ne peut l'être qu'autant qu'il était capable de succéder. Les enfants, admis à succéder par représentation, peuvent être seulement conçus au moment de l'ouverture de la succession. On applique la règle : *Qui in utero est pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur.* Mais les enfants doivent naître viables (art. 725). En cas de doute, le fardeau de la preuve incombera à ceux qui ont intérêt à ce que les enfants soient nés vivants.

2° Il faut jouir de la vie civile.

La représentation faisant acquérir une succession et la succession étant de droit civil, il s'ensuit forcément qu'il faut jouir de la vie civile. Étaient donc exclus de la re-

Digitized by Google

présentation, dans l'ancien droit; les aubains qui n'étaient pas naturalisés, les français qui abdiquaient leur patrie en fondant un établissement en pays étranger, les condamnés à une peine capitale entraînant la mort civile, les religieux, car toutes ces personnes ne pouvaient pas succéder.

3° Il faut que le représenté ne soit pas déclaré indigne.

SECTION II.

Des conditions spéciales à la représentation.

Ces conditions peuvent être ainsi formulées :

1° Il faut toujours que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient ses héritiers.

2° On ne peut représenter que les personnes qui n'existent plus lors de l'ouverture de la succession.

3° On ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du *de cujus* si elles lui avaient survécu.

Reprenons chacune de ces règles et étudions-les en détail.

I. Et d'abord, disons-nous, il est nécessaire que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés. Telle était la règle essentielle et invariable de notre ancienne jurisprudence comme l'indique ce passage de Lebrun : « La représentation ne vient que de la liai-« son, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils, et « c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représen-« tent et que cela n'est jamais permis en quelque cas que « ce soit aux collatéraux. Ce droit a son fondement dans

Digitized by Google

« la nature qui fait une subrogation perpétuelle des en-
« fants au père et rend un père mort dans la personne
« du fils qui lui survit » (L. III, chap. v, sect. 1, n° 10). La coutume de Bourgogne exprimait la même idée dans une formule plus concise : « Ce qui échet au père, échet au au fils » (art. 19, titre 17). Et cette règle est forcément déduite de l'idée-mère de la représentation; si en effet le représenté avait survécu lui-même au *de cujus,* la transmission de cette succession était assurée à ses propres enfants, car il n'y a pas d'espérance héréditaire plus sûre que celle d'une succession en ligne descendante; or la représentation a été imaginée précisément pour réparer le tort qu'a causé à leurs enfants la mort prématurée des père et mère; mais s'il est indispensable que le représentant soit le descendant du représenté, il n'est pas nécessaire qu'il soit son héritier; ce n'est point en effet de la volonté de son père que le représentant tient ses droits; son père étant mort avant l'ouverture de la succession n'a pas pu transmettre à son enfant un patrimoine qui se serait confondu avec le sien s'il avait survécu, mais que son prédécès lui a empêché d'acquérir. Tel est le principe : voici maintenant les conséquences que nous avons indiquées d'un seul mot en disant qu'il n'était pas nécessaire que le représentant soit l'héritier du représenté car le représentant ne tient pas son droit du représenté, mais de la loi seule.

1° On peut représenter celui lors du décès duquel on n'était pas encore conçu : « Quoiqu'il n'y ait, disait Le-
« brun, aucun texte qui dise qu'il soit nécessaire ou non
« d'être vivant lors du décès de celui par la représentation
« duquel on veut venir à une succession, toutefois il faut
« convenir que c'est un point de droit très indubitable

Digitized by Google

« qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier de celui que l'on « représente. » D'où il semble qu'il n'est pas non plus nécessaire d'être en vie lors de son décès (Liv. I, chap. III, n° 11).

2° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé. La raison en est que la représentation ne fait que placer les représentants dans le degré vacant de la personne représentée. Placés dans ce degré ils tiennent du défunt lui-même, et non du représenté, leur part dans la succession, elle ne leur est point transmise par la personne représentée que son prédécès a empêché d'être héritière. Cette diposition se trouvait implicitement contenue dans l'article 308 de la coutume de Paris qui portait que « l'enfant ayant survécu à ses père et mère et « venant à la succession de ses aïeul, ou aïeule, encore « qu'il renonçât à la succession de ses dits père et mère, « était tenu de rapporter tout ce qui avait été donné à ses « dits père et mère. » En ordonnant le rapport il est bien évident que la coutume supposait que le père n'était pas fils unique et que par conséquent c'était par représentation, et non de son chef, que le petit-fils venait à la succession ; de plus, en supposant que le petit-fils renonçât à la succession de son père, elle faisait clairement entendre que l'on pouvait représenter celui dont on n'était pas héritier. On avait essayé de trouver une objection contre ce principe dans le chapitre xx de la Novelle 22 et Godefroy a formulé comme une règle indéniable la doctrine contraire : *Filii heredes patrem repræsentant, non heredes non repræsentant.* C'est qu'en effet il y a un cas où l'enfant ne peut représenter son père que s'il est en même temps son héritier; mais ce cas, loin d'être une application d'un principe général, s'explique au contraire par des considé-

Digitized by Google

rations tout à fait exceptionnelles. La Novelle 22, chap. xx, attribue au veuf où à la veuve qui ne se remarie pas la propriété des gains nuptiaux. Le texte ajoute qu'après la mort du père ou de la mère ces gains nuptiaux appartiennent aux enfants et aussi par droit de représentation aux descendants des enfants prédécédés, pourvu qu'ils soient héritiers de leur père ou mère (Chap. xxi, § 1). Cette disposition paraît d'autant plus extraordinaire que la même condition n'est pas exigée pour les enfants au premier degré qui peuvent succéder aux gains nuptiaux du père ou de la mère sans être leurs héritiers, ainsi que le décide la loi 8, § 1, C. *De secundis nuptiis*, v, 9. Mais cette différence, comme l'explique fort bien Lebrun (liv. III, chap. v, nos 11 et 12), est en réalité très rationnelle parce que les enfants ont toujours eu sur les gains nuptiaux une espèce de propriété du vivant même de leur père ou mère, ainsi qu'on le voit par la Novelle 98, chap. i, et par la Novelle 127, chap. ii.

Un héritier peut-il représenter celui de la succession duquel il aurait été exclu comme indigne?

L'indignité n'exclut que de la succession pour laquelle on a été déclaré indigne, mais non pas d'une autre succession distincte et qui n'a pas été confondue avec la première. Objectera-t-on que dans ce cas la représentation ne saurait avoir pour fondement l'espérance d'une transmission à laquelle l'indignité eût fait obstacle; mais répondrons-nous la renonciation y eût dû faire obstacle autant que l'indignité et pourtant la renonciation n'empêche pas la représentation. Non, le représentant ne tient pas ses droits du représenté, il reçoit directement du defunt sa succession; il fallait donc bien admettre ces conséquences qu'avaient consacrées les coutumes de Paris (art.

Digitized by Google

308) et d'Orléans (307). Sans doute, on va dire qu'ainsi on va aboutir à un résultat contraire à la pensée qui a inspiré le système de la représentation qui a été instituée pour réparer autant que possible le tort causé aux enfants par la mort prématurée de leur père ou de leur mère en les appelant à une succession qu'ils auraient trouvée dans la propre succession de leur auteur, si celui-ci ne fût pas mort avant le *de cujus* et non pas pour venir en aide à l'enfant qui, par suite de circonstances spéciales, telles que la renonciation ou l'exclusion pour cause d'indignité, aurait perdu tous ses droits à la succession de ses père ou mère; et dans ce cas là, dit-on, il ne doit pas arriver par représentation à une succession qui eût fait partie de la première si son auteur eût survécu et sur laquelle, par conséquent, il ne pouvait pas compter. Le prédécès du père ou de la mère ne lui cause aucun préjudice, puisque, lors même qu'il n'eût pas eu lieu, sa renonciation ou son indignité ne l'en aurait pas moins empêché de recueillir par transmission la succession qui se serait ajoutée à celle de son auteur et se serait confondue avec elle. Il serait difficile d'admettre ce système, car on se trouve ici dans les termes généraux du droit qui admettent la représentation; pour que la représentation fût impossible dans cette hypothèse, il faudrait un texte spécial, et ce texte n'existe pas.

II. On ne représente pas les personnes vivantes :

Cette règle était une conséquence forcée de ce que la représentation était une fiction. Elle était à peu près universellement admise (1); autrefois, et Dumoulin dans une

(1) Cependant dans la cout. de Normandie, cette maxime n'était pas observée, et il suffisait, pour succéder par droit de représentation, d'être habile à représenter le plus proche parent qui ne veut

Digitized by Google

note célèbre sur l'article 241 de la coutume du Maine, dit : « Repræsentatio nunquam est de persona vidente, « sed tantum de parente mortuo naturaliter vel civiliter. » Comment en effet occuper une place qui n'est pas vacante? La représentation ayant pour but de mettre le représentant dans le degré du représenté, il faut nécessairement que ce degré soit libre ; or, la personne vivante remplit elle-même son degré. « Représentation n'a pas lieu vivant « père ou mère, car le père ou la mère des enfants sont « plus prochains de leurs parents que ne sont leurs en- « fants » (J. Desmares, 282). La question de savoir si l'on peut représenter un homme vivant, disait Lebrun, n'est pas susceptible de difficulté, puisque la raison ne veut pas qu'on entre dans la place d'un homme vivant qui remplit son degré (Livre III, ch. v, sect. 1, n° 14). « Mais « par homme vivant, il faut, c'est évident, entendre celui « qui jouit de l'état civil » (Pothier, *Des succ.*, ch. II sect. 1, art. 1, § 2).

Du principe que l'on ne représente pas les personnes vivantes, il suit, comme conséquence toute naturelle, que l'on ne peut pas représenter l'héritier qui renonce; examinons rapidement les cas qui peuvent se présenter : 1° l'héritier qui renonce a d'autres héritiers du même degré que lui; 2° il n'en a pas.

1° Quand l'héritier qui renonce a d'autres héritiers du même degré que lui, la question n'a jamais fait difficulté. Les enfants de l'héritier renonçant sont exclus par leurs oncles ou tantes, parents du *de cujus* au même degré que leur père. « Si le père habile à être héritier, renonce,

pas accepter la succession (Pesnelle, sous l'art. 307 de la cout. de Normandie).

Digitized by Google

le fils ne peut pas venir à la succession par représentation de son père avec ses oncles » (Ricordart, 319, de la coutume de Paris).

2° Quand l'héritier qui renonce n'a pas d'autres héritiers du même degré que lui, il faut faire une sous-distinction : ou l'héritier renonçant a pour cohéritiers présomptifs des parents plus éloignés que lui, à la vérité, mais rapprochés et mis au même degré par le bénéfice de la représentation et alors la question était controversée. Soit Primus laissant deux enfants Secundus et Tertius ayant eux-mêmes des fils, Secundus renonce et Tertius est prédécédé.

Lebrun, le président Espiard et beaucoup d'autres auteurs soutenaient que de quelque manière que la renonciation fût faite, il en résultait pour les enfants du renonçant une incapacité absolue de concourir même avec ceux des cohéritiers de leur père qui ne s'étaient rapprochés de son degré que par le bénéfice de la représentation. Les enfants, en effet, ne peuvent en ce cas succéder de leur chef, puisque les cohéritiers de leur père, quoique plus éloignés en réalité, sont cependant réputés au même degré que lui; et comme d'un autre côté ils ne peuvent pas non plus user de la représentation pour monter au niveau de ceux-ci, puisque leur père étant vivant, ils ne peuvent prendre sa place qui n'est pas libre, il se trouve, ainsi que par l'effet de la représentation, dès l'instant de l'ouverture de la succession; les petits-fils de Tertius se trouvant les cohéritiers à égal degré de leur oncle Secundus, celui-ci renonçant, sa part revient naturellement par droit d'accroissement à ceux-là que la représentation avait fait ses cohéritiers; ainsi donc les fils de Tertius prédécédé en représentant leur père

Digitized by Google

excluront les fils de Secundus qui a renoncé tout comme leur père l'aurait pu faire.

Dumoulin pensait au contraire que les enfants du renonçant devaient être admis à concourir avec leurs cousins, parce qu'ils étaient en réalité parents du *de cujus* au même degré que ceux-ci : « Bene venient jure suo et ex « successorio edicto, si sint proximiores in gradu, vel « æque propinqui cum aliius succedentibus vel repræsen- « tantibus concurrendo » (sur l'art. 241 de la coutume du Maine). Cette décision avait été adoptée par Ricard sur l'art. 309 de la coutume de Senlis au moins pour le cas de renonciation gratuite, et Basnage était du même avis, disant que la représentation avait été introduite pour admettre à la succession des parents d'un degré plus éloigné avec ceux d'un degré plus proche, mais non pour faire exclure des enfants par d'autres enfants du même degré. La représentation, disait Basnage, est un bénéfice pour succéder seulement et non pour exclure, parce qu'autrement on ferait concurer deux grâces singulières et une double fiction (sur l'article 304 de la coutume de Normandie). Mais cette dernière opinion fut écartée et on appliqua celle de Lebrun par l'application des articles 310 de la coutume : « Le droit et la part de l'enfant qui s'abstient et renonce à la succession de ses père et mère accroît aux autres enfants héritiers... »

Si l'héritier renonçant n'avait pas de cohéritiers présomptifs, si dans l'exemple précédent, on supposait Tertius également renonçant, leurs enfants venaient tout naturellement à la succession sans être obligés d'invoquer le droit de représentation, car se trouvant tous à égal degré parents du *de cujus*, ils venaient de leur chef.

D'après Basnage, qui atteste que suivant l'opinion la

Digitized by Google

plus commune de son temps, la règle que l'on ne représente pas les personnes vivantes, n'existait pas en Normandie, et que le fils nonobstant la renonciation de son père, était admis à succéder avec un plus proche, il n'était pas juste d'admettre dans l'exemple que j'ai cité les petits-enfants à venir de leur chef et succéder par tête. L'on ne doit pas, disait cet auteur, restreindre un droit aussi favorable que le droit de représentation et ne le donner que dans le seul cas où celui qu'on veut représenter est décédé. C'est mal expliquer l'intention des lois et contrevenir à leur fin. La représentation n'est introduite que par un principe d'équité pour mettre les enfants en la place de leur père; que si le père vivant ne veut pas se prévaloir de son droit, il ne doit pas faire obstacle à ses enfants... comme le père ne peut pas faire tort à ses créanciers il peut beaucoup moins faire tort à ses enfants (art. 304, coutume de Normandie). Pothier, également, dit qu'il serait inique qu'en ce cas les successions ne se partageassent pas par souche. Car si l'on suppose que le défunt a laissé deux fils qui aient l'un et l'autre renoncé à sa succession et qu'il y ait un petit-fils né de l'un de ces fils et trois de l'autre, ceux-ci recueilleront les trois quarts de la succession, tandis que leur cousin , par une circonstance entièrement étrangère à sa volonté, perd la moitié des biens qui devaient régulièrement lui appartenir. On trouvait d'ailleurs un remède à cet inconvénient dans la représentation à l'effet de partager qui dans une certaine mesure apportait une exception à la règle que l'on ne représente pas les personnes vivantes. Quand on dit que l'on ne représente pas un homme vivant, cela s'entend d'une représentation actuelle qui fait monter en un degré supérieur; mais ce

Digitized by Google

n'était pas dire que l'on ne puisse sans changer de degré faire une espèce de représentation de la personne de celui qui a renoncé gratuitement et partager par souche avec ceux qui sont en pareil degré (Lebrun, liv. I, ch. IV, sect. 6, *Distinct.* I, nos 14 et 28.)

Il y avait donc deux sortes de représentation : l'une à l'effet de succéder, l'autre à l'effet de partager et qui avait précisément pour conséquence d'introduire le partage par souche dans les cas où la représentation n'était pas admise, et pour effet de corriger et d'atténuer en partie les résultats de la règle qui ne permettait pas de représenter les personnes vivantes.

III. Notre troisième et dernière règle est qu'on ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du *de cujus* si elles lui avaient survécu.

Nous venons de voir que l'on peut représenter les personnes mortes naturellement, mais faut-il conclure de là que toute personne indistinctement puisse, après sa mort, être représentée. Non évidemment, il faut qu'elle-même fût capable de succéder, puisque l'effet de la représentation est de faire entrer le représentant dans le degré et dans les droits du représenté; il est bien évident qu'on ne pourrait rien prétendre dans une succession en représentant un individu qui n'aurait lui-même aucun droit à cette succession s'il eût vécu au moment où elle s'est ouverte.

Telle est la conséquence qui avait déjà été déduite du texte de la Novelle 118 d'après laquelle le représentant devait avoir dans la succession du *de cujus* la même part que le représenté aurait eue : « Tantam ex hereditate « portionem quantam eorum parens futurus esset accipere

Digitized by Google

« si supertes fuisset. » Si donc le représenté n'eût dû rien avoir dans la succession, le représentant ne peut non plus prétendre à rien.

Mais peut-on opposer au représentant, pour l'empêcher de venir par représentation, toutes les incapacités que l'on aurait pu opposer au représenté lui-même s'il eût survécu pour l'empêcher de succéder de son chef. Jusqu'à quel point, autrement dit, était-il exact que les représentants, suivant le mot de Pothier, sont subrogés aux droits du représenté.

Cette thèse était, dans notre ancien droit, fort agitée et très importante, car le nombre des incapacités était considérable. Les auteurs qui ont écrit sur cette matière distinguaient deux sortes d'incapacités : les unes absolues et perpétuelles, les autres purement accidentelles.

Les premières appelées originaires naissaient en quelque sorte avec les personnes qu'elles affectaient, les secondes purement accidentelles provenaient de causes amenées par des événements qui auraient pu ne pas arriver. Les premières pouvaient être opposées aux représentants, les secondes ne faisaient pas obstacle à la représentation. A la classe des incapacités absolues appartenaient celles résultant du sexe et de la qualité d'aubains. Etaient au contraire purement accidentelles les incapacités résultant soit de la profession religieuse, soit de la condamnation à une peine emportant mort civile. Certaines incapacités étaient plus embarrassantes et fort discutées. On peut citer, par exemple, les enfants de la fille qui en se mariant avait renoncé à la succession de son père, pouvaient-ils la représenter? Non évidemment, si elle était vivante lors de l'ouverture de la succession de leur aïeul, car la règle générale était

Digitized by Google

qu'on ne peut représenter une personne vivante. Mais la question offrait plus de difficulté lorsque la fille était morte avant son père ou sa mère. Dumoulin, sur l'article 123 de l'ancienne coutume de Paris, ne voit dans ce cas qu'une incapacité purement relative à la fille elle-même et qui n'est pas opposable à ses enfants, parce qu'elle n'a pu renoncer que pour elle et non pour ses fils qui, lorsqu'ils viennent par représentation de leur mère, ne tiennent pas d'elle la part qu'ils y ont. « Hoc « casu factum matris filios non ligat, quia mater non « potuit renuntiare pro filius, sed pro re tantum, nec « jurare pro filius sed pro re. Et satis est si exclusio conven- « tionalis potuit operari in casum quo filia supervexit » (Sur article 123, Dumoulin). Néanmoins le contraire a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet de 1364 et 1569, et Brodeau dit que celui de 1569 a fixé la jurisprudence.

La raison en est que ces renonciations des filles par leur contrat de mariage sont des lois de famille dont l'effet devait être perpétuel et s'étendre à tous les descendants qu'elle pourrait avoir.

COUTUME DE PARIS.

A cause des nombreuses différences qui existaient entre chaque coutume qui tantôt admettait la représentation à l'infini en ligne collatérale, tantôt la restreignait suivant qu'il s'agissait de certains biens, nous prendrons spécialement la coutume de Paris et signalerons ensuite rapidement les différentes règles qui avaient été adoptées dans les diverses coutumes.

Digitized by Google

En faveur de quels héritiers la représentation était-elle admise ?

Nous n'avons rien à ajouter à l'article 319 pour la représentation en ligne directe, qui était admise à l'infini. La coutume appelant à la succession du *de cujus* ses descendants, observait entre eux la priorité du degré; elle appelait donc le fils ou la fille du *de cujus* avant les descendants de ce fils ou de cette fille, de même à défaut de ce fils, le petit-fils y était appelé avant ses enfants qui étaient les arrière-petits-fils du *de cujus.*

Il est inutile de dire que cette coutume, comme toutes les autres du reste, n'avait pas admis la représentation que dans la ligne directe descendante, car en ligne directe ascendante on avait également suivi le droit romain.

Quant aux ascendants il n'y a pas de représentation à leur égard, le père exclut l'aïeul, celui-ci le bisaïeul et ainsi de suite. « Il serait contre nature, disait Ricard, qu'un ascendant représentât son inférieur » (*Traité de la répr.,* ch. VIII, § 64).

C'était une maxime générale que la représentation n'avait jamais lieu en faveur des ascendants.

Nous ne nous occuperons donc que de la représentation en ligne collatérale. La coutume de Paris l'avait admise dans l'ordre des collatéraux, mais seulement en faveur des descendants des frères et sœurs du *de cujus.* C'était déroger pour eux à la règle que les collatéraux les plus proches excluent les plus éloignés et à égalité de degré partagent la succession par tête. D'après l'article 320, la représentation a lieu quand les neveux ou

Digitized by Google

nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères ou sœurs du décédé; mais les neveux auraient succédé de leur chef et non par représentation de leur père s'ils n'avaient eu pour concurrents ni oncle ni tante. Article 328 : « Les enfants des frères et sœurs partissent et font tous ensemble une tête au lieu de père et mère s'ils succèdent avec leur oncle, et entre eux s'ils partissent également. »

Ainsi, cet article, en cette matière fort controversée, adopta l'opinion d'Azon. En 1526, les deux chambres des enquêtes assemblées avaient déjà arrêté que les neveux succéderaient par tête, et en 1529, Charles-Quint aux États d'Allemagne s'était encore déclaré pour Azon (Laurière, *Cout. de la prév. et vic. de Paris,* t. III, p. 87). Lorsque cette question fut soulevée de nouveau au sujet de l'article 306 de la coutume du Bourbonnais, Dumoulin prit le parti d'Accurse et il y eut un arrêt du 18 juillet 1551, qui confirma ce sentiment; le 14 août 1587 dans la même coutume, on jugea encore qu'en terme de représentation ceux qui sont en pareil degré succèdent par souche et non par tête; mais en 1559, le Parlement de Paris, par un arrêt du 24 mars, avait décidé que les neveux qui ne se trouveraient pas en concours avec des oncles et tantes doivent succéder par tête, et en 1580, à la réformation de la coutume de Paris, ce fut cette opinion qu'avait défendue Azon que l'on fit prévaloir.

La coutume de Paris s'en tint rigoureusement à la règle qu'il n'y avait pas lieu à la représentation en faveur des neveux et nièces quand le *de cujus* n'avait pas laissé de frères et sœurs, et déclara dans son article 339 que « l'oncle et le neveu du défunt qui n'a délaissé frère ni sœur, succèdent également, comme étant au même degré

Digitized by Google

et sans qu'au dit cas y ait lieu à représentation. » Il est inutile de faire remarquer que cet article était contraire à la Novelle 118, ch. III, où, d'après l'opinion généralement reçue, le neveu excluait l'oncle du *de cujus*. Cet article 339 partait de cette idée que l'oncle du *de cujus* ne succédait pas avec le neveu lorsque le *de cujus* avait laissé un frère, parce que ce frère étant plus proche parent que l'oncle, ce dernier était exclu de la succession et le neveu seul, quoique plus éloigné d'un degré, était admis à concourir avec le frère, grâce au bénéfice de la représentation; mais comme ce bénéfice cessait lorsque les neveux n'étaient pas en concours avec des frères du *de cujus*, il n'y avait aucune raison plausible pour préférer le neveu à l'oncle du *de cujus*, puisque tous deux étaient au même degré.

La représentation n'était admise que pour permettre aux neveux de succéder à un oncle en montant dans le degré de leur père, mais non pas pour arriver à la succession d'un cousin-germain; on trouve une sentence du Parloir aux Bourgeois du 29 janvier 1287 qui rapporte qu'un enfant ayant survécu à son père et étant mort sans descendant, on se demandait si les conquêts devaient aller à ses cousins-germains ou à son oncle et on décida en faveur de l'oncle : « Contens était sur ce que C... avait acquis heritages. Un enfant ot, qui survesquist le pere, il mourut sans hoirs de son corps. Or la demande à qui ces conquets viendront ou aux cousins germains ou aux oncles? regardé est que les conquêts viendront aux oncles. » Les cousins, pour arriver à la succession de leurs cousins, se prévalaient de la computation canonique qui, en ligne collatérale, ne tenait compte que des degrés qui séparaient les parents du côté le plus éloigné de la

Digitized by Google

souche : ainsi l'oncle et le neveu du *de cujus* étaient au deuxième degré, et c'est en s'appuyant sur ce mode de computation : « Remotior trahit ad se proximiorem, » que le cousin-germain prétendait succéder au cousin-germain avec son oncle. Deux arrêts du Parlement de Paris, l'un du 23 décembre 1525, l'autre du 30 juin 1547, jugèrent que les cousins succédaient à leurs cousins-germains par tête s'il n'y avait pas d'oncle vivant et par souche si les cousins venaient en concours avec un oncle. Décision d'autant plus bizarre que l'article 153 de l'ancienne coutume, qui devint l'article 338 de la nouvelle, décidait que : « l'oncle exclut le cousin-germain dans la succession au neveu, » car l'oncle étant plus proche parent du *de cujus* que le cousin-germain et la représentation n'étant pas admise pour permettre au cousin de succéder à son cousin en représentant son père, chacun restait à son degré, l'oncle au troisième, le cousin-germain au quatrième. L'oncle devait donc exclure le cousin parce que la succession était déférée au plus proche héritier de la ligne collatérale.

Tandis que la Novelle 127 faisait concourir avec les ascendants les frères et sœurs germains et les enfants des frères et sœurs prédécédés, la coutume de Paris appelait au contraire les ascendants à l'exclusion de tous les collatéraux pour les meubles et acquêts. Les père, mère et autres ascendants succèdent en effet à leurs fils décédés sans enfants quant aux meubles acquêts, et ils excluent les frères, sœurs et tous autres héritiers collatéraux. « Père et mère succèdent à leurs enfants, nés en loyal mariage, s'ils vont de vie à trépas, sans hoirs de leurs corps, aux meubles et acquets et conquets immeubles et en défaut d'eux, l'aïeul ou l'aïeule et ses ascendants »

Digitized by Google

(art. 311). Cet article ne faisait que consacrer une doctrine très ancienne que l'on retrouve dans J. Desmares : « Quand le grand pere ou mere paternel ou maternel doit succéder as enfants de ses enfants quant as biens muebles et conquets, et non les freres d'iceux mes succedent aux biens immeubles... » (293).

D'après l'ancien droit romain, la succession appartenait au plus proche parent du défunt, soit qu'il fût parent du côté paternel ou maternel seulement, ou qu'il le fût tout ensemble de l'un et de l'autre. Les Novelles établirent le privilège du double lien en faveur des frères et sœurs du défunt (Novelle 118, ch. III). Mais cette duplicité de liens ne fut jamais admise dans la coutume de Paris. On trouve des arrêts de la Cour, dès 1278, où il est jugé, sur la question de savoir si l'on doit suivre l'ancien droit ou les Novelles, que c'est à l'ancien droit que l'on doit se reporter : « Erneio, filio defuncti Ernei « Hostiari mortuo sine hærede proprii corporis, super « eschaeta mobilium suarum orta quæstione inter Guillel- « mum, fratrem ipsius, ex parte patris et Adam de Ranei, « fratrem ipsius ex parte matris et uxorem Joannis Bigue, « sororem dicti Ernei, ex parte patris et ex parte matris, « dicta sorore totum habere volente, et aliis duobus fra- « tribus contradicentibus in eisdem partem suam habere « debere. Per curiæ nostræ judicium, pronuntiatum fuit « dicta mobilia æqualiter debere dividi inter tres dictas « personnas per consuetudinem villæ Pariensis. »

Dans la succession au propre, ce privilège du double lien ne pouvait exister; dans la succession à un propre paternel, par exemple, le frère consanguin du défunt avait autant de droit que le frère germain, car somme toute, ils étaient tous deux enfants du même père. Quant

Digitized by Google

aux meubles et acquêts, bien que la coutume d'Orléans (art. 330), dise : « Et meubles et acquêts immeubles, les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé sans hoirs de son corps, excluent en pareil degré ceux qui sont conjoints d'un côté seulement, jusques au degré des oncles et tantes, neveux et nièces du décédé inclusivement..., » la coutume de Paris n'admit pas cette règle « frères et sœurs, supposé qu'ils ne soient que de père ou mère, succèdent également avec les autres frères et sœurs de père et de mère à leur frère ou sœur, aux meubles acquêts et conquêts immeubles » (art. 340).

Effets de la représentation.

Nous avons vu qu'on avait admis que la représentation était une fiction; elle fait donc rentrer le représentant dans le degré du représenté et lui attribue tous les droits que le représenté aurait eus s'il n'était pas prédécédé. Tous les auteurs qui ont écrit sur la représentation se sont attachés à cette idée, et Loysel a même fait de ce principe une des maximes de notre droit coutumier : où représentation a lieu infiniment, dit-il, ce qui échet au père, échet au fils.

La représentation, en effet, repose sur cette pensée essentielle, donner aux descendants, qui viennent par représentation, les mêmes droits que ceux qu'aurait eus le représenté, de manière que toute la descendance du représenté ne prenne collectivement ni plus ni moins que ce qu'il eût pu recueillir; c'est ce qui explique le partage par souche, et l'obligation du rapport.

Digitized by Google

Partage par souche.

Le partage par souche est la conséquence de la représentation; sans lui, elle ne se comprendrait pas, aussi a-t-on admis que tous les fils du représenté ne devaient prendre à eux tous que la part qui serait revenue à leur père. S'il n'y avait que des petits-fils de plusieurs enfants prédécédés, la représentation étant admise à l'infini en ligne directe, bien qu'ils fussent tous au même degré, il faudrait dire encore que le partage se ferait par souche.

Il en serait différemment dans ce dernier cas en ligne collatérale : les neveux, lorsque tous leurs oncles sont morts, venant à la succession de leur chef, partagent par tête (art. 321).

Obligation du rapport.

De ce que la représentation est une fiction qui a pour effet de mettre le représentant dans les droits du représenté, il en résulte que le représentant ne devant avoir dans la succession que ce que le représenté aurait eu lui-même, doit faire le rapport de ce que le représenté a reçu un avancement d'hoirie et qu'il eût été obligé de rapporter; ce n'est, somme toute, que par application de ce principe de droit : *Qui alterius jure utitur eodem jure uti debet*, et non parce que le représentant est tenu en général des faits et des engagements du représenté qu'on le soumet au rapport sans lequel les autres héritiers auraient à souffrir de la substitution du représentant au représenté. Il faut dire plus (art. 308, Coutume de Paris), lorsque les petits-enfants viennent à la succession

Digitized by Google

de leur aïeul par représentation de leur père ou mère, quand bien même ils n'en auraient pas profité, par exemple parce qu'ils ont renoncé à la succession de leur père ou mère, ils n'en doivent pas moins rapporter ce qui leur a été donné, et cela est bien évident puisque ce n'est pas de leur chef qu'ils doivent ce rapport, mais du chef de leur père ou mère qu'ils représentent. Du principe que les petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul sont obligés de rapporter tout ce qu'eussent rapporté leur père ou mère, il faut en conclure qu'ils doivent également rapporter les donations qui ont pu être faites à l'un de leurs frères prédécédés, qu'elles soient ou non dissipées, car leur père ou mère auraient été obligés de les rapporter par l'application de l'article 306 de la coutume de Paris : ce qui a été donné aux enfants de ceux qui sont héritiers et viennent à la succession de leur père, mère, ou autres ascendants est sujet à rapport. Toujours, d'après notre principe, lorsque moyennant une dot, des filles par contrat de mariage ont renoncé à la succession au profit de leur frère aîné, cet aîné qui succède à leur place et prend leur part est obligé, comme elles l'auraient été si elles n'avaient pas renoncé et fussent venues à la succession, de rapporter leur dot (Pothier, *Des successions*, ch. IV, art. 2, § 4).

Mais si le représentant a les mêmes droits que les représentés, peut-il se présenter telle circonstance où il arrivera qu'il en ait moins. On sait que le principe de la représentation est que le représentant succède à toutes les qualités personnelles de la persoune représentée, partant de cette idée faut-il dire que les filles de l'aîné prédécédé aura le préciput d'aînesse qu'aurait eu leur père qu'elles représentent, faut-il encore donner aux repré-

Digitized by Google

sentants, dans une succession de fiefs, la prérogative de masculinité.

Nous allons examiner ces deux questions.

Droit d'aînesse.

L'article 134 de l'ancienne coutume de Paris disait : « Quand il y a enfant mâle du fils aîné survivant son père, « en venant à la succession de ses aïeul et aïeule, il re- « présente son dit père au droit d'aînesse et s'il n'y a que « les filles, elles représentent leur dit père toutes en- « semble et partissent avec leur oncle sans droit d'aî- « nesse pour les dites filles. » Ainsi qu'on le voit, ce texte permettait aux enfants mâles de l'aîné de le représenter au droit d'aînesse, mais il n'en était pas de même pour les filles; c'était beaucoup d'avoir admis la représentation, on n'avait pas osé accorder aux filles en concours avec des oncles un privilège qui avait toujours été réservé aux mâles; mais cependant on finit par leur accorder le droit d'ainesse et Dumoulin cite sous cet article un arrêt de 1550 qui avait jugé que les filles qui représentaient leur père dans la succession de l'aïeul, avaient le droit de prendre le même préciput qu'aurait pris leur père s'il avait survécu. Cette idée finit par s'acclimater et l'on en donnait pour raison que les filles succédaient par représentation et du chef de leur père représenté, que ce n'était donc pas dans leur personne mais dans celle de leur père qu'on devait rechercher les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse; de plus, le droit d'aînesse est attaché à la portion héréditaire de l'aîné, il en fait partie. Il était donc naturel de l'accorder aux filles comme aux fils de l'aîné prédécédé;

Digitized by Google

c'est ce qu'on fit à la réformation de la coutume dans l'article 324 : « Les enfants de fils aîné soit mâles ou « femelles, survivant leur père, venant à la succession « de leur aïeul ou aïeule, représentent leur dit père au « droit d'aînesse. Et s'il n'y a que filles elles représentent « leur père toutes ensemble pour une tête audit droit « d'aînesse et sans droit d'aînesse entre elles. » Mais le droit d'aînesse n'avait pas lieu en ligne collatérale, art. 331 : « En ligne collatérale, les héritages tenus et mouvants en fiefs se partissent et divisent entre cohéritiers sans droit ou prérogative d'aînesse, » on en donnait comme raison que le droit d'aînesse a été introduit en faveur du fils aîné seulement pour la conservation des biens dans la famille; ce qui ne peut être appliqué qu'aux successions directes et non aux successions collatérales.

Les enfants d'une fille renonçant auraient-ils pu représenter leur mère? que faudrait-il décider de ceux dont leur mère est exclue par la coutume?

Privilège de masculinité.

D'après l'article 25 : « En succession ou hoierie en ligne « collatérale les femelles n'héritent point en pareil degré « avec les mâles. » Par conséquent : « si les mâles ve- « nants d'une fille et succédants par représentation ne « prennent autre chose ès-fiefs délaissés par le trépas de « leur oncle et tante, non plus que leur mère eut fait « venant à la succession avec ses frères » (art. 322). Ainsi le fils d'une sœur du défunt venant à sa succession par représentation de sa mère serait exclu de la succession des fiefs par les frères du défunt comme sa mère l'aurait été, car il ne pourrait pas avoir plus de droits qu'elle.

On pourrait croire que les enfants des frères succédant

Digitized by Google

avec leur tante, auraient pu les exclure de la succession des fiefs par représentation de leur père qui eût eu ce droit; il n'en était pas ainsi; cette préférence qu'ont les mâles d'exclure les femmes n'était fondée ni sur un intérêt de famille, ni sur ce que ce sont eux qui perpétuent les familles; elle venait de cette règle qu'autrefois les filles étaient incapables du service militaire et ne pouvaient ni posséder des fiefs ni y succéder et plus tard, lorsqu'elles furent admises à y succéder, ce fut sous la condition qu'à égalité de degré les parents mâles conserveraient le droit qu'ils avaient anciennement de les exclure. C'est cette règle que consacre l'article 323 : « Si en la succession « collatérale y a fiefs, les enfants des frères n'excluent « leurs tantes, sœurs du defunt : ains y succèdent les « dites tantes de leur chef, comme estant les plus proches « avec les enfants des frères. Et s'ils sont plusieurs en- « fants de frères succèdent seulement pour une tête avec « leur tante. » Le frère qui est représenté par ses enfants aurait exclu les sœurs du défunt dans la succession des fiefs, si ses enfants n'ont pas ce droit, bien que la fiction de la représentation les place au même degré que leur père, c'est que les collatéraux ne peuvent exclure les femmes de la succession des fiefs que lorsqu'ils sont à égalité de degré avec elle de leur chef et non par le secours de la représentation qui a été introduite, non pour exclure des parents en plus proche degré, mais pour faire concourir des parents d'un degré plus éloigné avec des parents d'un degré plus proche, en les plaçant au même degré qu'eux.

Mais si les neveux ou nièces venaient à la succession du *de cujus* non plus par représentation mais de leur chef, on appliquerait l'article 25. Les mâles issus de

Digitized by Google

sœurs succéderaient également avec leurs cousins-germains issus de frères, car l'article 322 n'exclut les mâles venant de sœurs que lorsqu'ils viennent par représentation à la succession de leur oncle.

DIVERSITÉ DES COUTUMES.

Mais après leur rédaction, les coutumes étaient loin d'avoir adopté les mêmes règles et elles offraient sur ce point comme sur tant d'autres, une grande diversité entre elles. Si long et si pénible fut l'enfantement de la représentation, si divers le sort qui lui fut réservé dans chacune des coutumes qui l'adoptèrent, que ce serait à nier qu'elle eût une seule origine, si l'on n'admettait pas que le pouvoir qu'avait chaque duc ou comte de faire ou de changer la loi sur leur territoire, « tant par « politique pour maintenir leurs sujets dans une plus « grande union en leur donnant des lois et usages dif- « férents de ceux de leurs voisins » (Guyné, *Rép.*, p. 9); que forcés par la diversité des mœurs qui régnaient dans chaque localité, soit un motif suffisant pour expliquer les différences qui existaient entre chaque coutume. Dans chaque seigneurie locale se formait une coutume sous l'influence du seigneur; la territorialité, qui s'imposait avec un caractère jaloux, poussait autant à la diversité des lois qu'à l'anarchie politique; de plus, les théories romaines qui se faisaient jour donnaient naissance à un droit nouveau qui, n'étant pas codifié par un pouvoir unique, revêtait forcément dans chaque localité une forme particulière sous laquelle se déguisait l'esprit de localité.

Voici comment peuvent se classer, suivant leur ten-

Digitized by Google

dance à s'écarter ou à se rapprocher du droit romain, les coutumes qui se partageaient la France.

1° Les coutumes des pays du Nord où le droit germain qui se maintint plus longtemps était contraire à la représentation. C'étaient celles de Ponthieu (tit. I, art. 8) : « En matière de succession, représentation n'a lieu; » de Boulonnais (tit. xx, art. 76) : « La représentation n'a lieu en quelque degré que ce soit; » d'Artois (tit. II, art. 93); de Hainaut (ch. xc, art. 5).

Il est vrai que les coutumes qui n'admettaient pas la représentation avaient imaginé un moyen d'y suppléer : c'était le rappel ou déclaration que faisait une personne, qu'en cas de prédécès de l'un de ses héritiers présomptifs, sa volonté était que les enfants de cet héritier le représentassent.

On distinguait deux sortes de rappel : le rappel fait *intra terminos juris* et le rappel fait *extra terminos juris*. Le rappel *intra terminos juris* est le rappel fait dans les termes de la Novelle 118, c'est-à-dire celui qu'une personne fait à sa succession de ses petits-enfants dans les coutumes qui n'admettaient pas la représentation en ligne directe, ou des neveux dans celles qui excluaient la représentation collatérale.

Le rappel était *extra terminos juris*, lorsqu'il était fait pour appeler à la succession des petits-neveux, des cousins, etc. Il était ainsi nommé parce que ces personnes n'étaient pas appelées par le droit civil à succéder par représentation. Le rappel *intra terminos juris* pouvait se faire non-seulement par un acte revêtu des formes du testament, mais par n'importe quel acte, pourvu qu'il fût écrit. Le rappel *extra terminos juris* devait, au contraire, être fait par testament, ce rappel ne valant que

Digitized by Google

per modum legati, il était naturel de le faire dans la forme des legs.

Ces deux espèces de rappels produisaient des effets très différents :

Le rappel *intra terminos juris* suppléait au défaut de la représentation dans les coutumes qui ne l'avaient pas admise, et rendait les personnes rappelées vraiment héritières par représentation de leur père ou mère de la portion qu'auraient eue leurs dits père et mère, comme s'ils eussent été appelés par la loi. D'où il suit qu'ils étaient saisis de cette portion dès le temps du décès, qu'il ne leur était pas nécessaire d'en demander la délivrance, qu'ils avaient part aux légitimes coutumières dans les propres avec les autres héritiers qui ne pouvaient pas retenir ces réserves coutumières, en abandonnant aux rappelés les biens disponibles. C'était du moins la doctrine qui avait fini par prévaloir, car, pour Laurière, le testateur ne peut créer un héritier que dans le cas où le rappel était autorisé par la coutume; il disait que c'est la loi coutumière seule qui faisait les héritiers et il proposait de distinguer les rappels autorisés et non autorisés par les coutumes, mais ce n'était là qu'une opinion isolée et toute personnelle.

Le rappel *extra terminos juris,* au contraire, ne valait que *per modum legati,* les rappelés n'étaient pas considérés comme héritiers du défunt, mais simplement comme légataires de la portion à laquelle ils étaient appelés. D'où il suivait qu'ils n'étaient pas saisis de plein droit de leur portion, mais qu'ils devaient en demander la délivrance à l'héritier et que, vis-à-vis d'eux, l'héritier pouvait retenir les réserves coutumières en leur abandonnant les biens disponibles.

Digitized by Google

2° Coutumes qui admettaient la représentation en ligne directe et la rejetaient en ligne collatérale. Coutume de Blois (ch. II, art. 138 et 139) : « Représentation aura « lieu dorénavant en ligne directe, soit qu'elle soit ac- « cordée ou non, mais en ligne collatérale n'aura lieu « si elle n'a été accordée par celui ou ceux de la succes- « sion desquels est question » (Cout. de Clermont, tit. XII, art. 15); « représentation aura lieu en ligne directe, « non en ligne collatérale » (Cout. de Lille, tit. I, art. 16).

3° La plus grande partie des coutumes l'avaient adoptée dans les termes du droit civil, c'est-à-dire des Novelles 118 et 127; outre la coutume de Paris que nous avons étudiée, on peut citer celle d'Angoumois, ch. VII, art. 83 : « En fait de successions soient roturières ou « nobles, représentation a lieu comme de droit. » Celle de Bretagne, tit. XXIII, art. 592 : « En toutes successions « directes ou collatérales représentation a lieu, soit que « les neveux concourent avec leurs oncles ou les ne- « veux, ou cousins entre eux, et auront les enfants la « portion que leur père eut recueillie et la départiront « entre eux tête à tête. »

Nous avons eu l'occasion de constater sous la coutume de Paris qu'il existait cependant des différences entre elle et les Novelles, et que par conséquent, il ne faudrait pas s'exagérer la similitude que ces coutumes ont l'air de se donner avec le droit romain.

4° Certaines coutumes admettaient la représentation à l'infini tant en ligne directe qu'en ligne collatérale. Auvergne, titre XII, art. 9 : « Représentation a lieu tant en droite ligne que collatérale, *usque in infinitum au pays coutumier*. » Anjou, titre XII, art. 225 : « En toutes suc-

Digitized by Google

cessions, soient nobles ou roturières représentation a lieu au dit pays, tant comme l'on peut trouver nommer et montrer le lignage» (Tours, titre xxv, art. 287. Poitou, titre vi art. 277). Dans ces coutumes, lorsque ce sont des collatéraux qui sont appelés à la succession, on la déférait d'abord aux frères et sœurs du défunt et aux descendants des frères et sœurs prédécédés qui prenaient dans la succession la même part que l'auteur qu'ils représentaient eût prise s'il eût survécu. S'il ne se trouvait ni frères ni sœurs, ni descendants de frères ou de sœurs, la succession était déférée de la même manière aux oncles et tantes du défunt et à tous les descendants des différents oncles et tantes prédécédés, et ainsi de suite à leur défaut aux grands-oncles et grand'tantes et à leur descendance. Ainsi qu'on le voit, dans ces coutumes, l'oncle au lieu de concourir avec le neveu, lorsqu'il n'y a ni frère, ni sœur, et même d'exclure le petit-neveu, était au contraire exclu par eux. « L'esprit de ces coutumes, dit Pothier, « était de conserver l'égalité entre les lignes, à quelque « degré que ce fût, égal ou inégal, à la condition bien « entendu quand il s'agissait d'un propre que le repré- « sentant fût de la ligne où le propre était venu » (Pothier, *Des success.*, ch. ii, sect. 3, § 2). C'était le système de l'ancien lignager, de là des partages à l'infini.

5° Il y avait une cinquième classe de coutumes qu'on appelait « hétéroclites, » parce qu'elles contenaient des dispositions singulières qui ne convenaient ni aux principes du droit civil, ni à l'usage ordinaire des autres coutumes. « Ces coutumes n'admettaient la représentation « que pour une certaine nature de biens et pour des « personnes de certaines qualités et la rejetaient pour les « autres » (Guyné, *De la rep.*, p. 166). Ainsi dans la

Digitized by Google

coutume de Reims, tit. II, art. 309 : « Représentation « a lieu tant en ligne directe que collatérale, infiniment « quant aux rotures; quant aux fiefs représentation en « ligne directe a aussi lieu infiniment : et en ligne col- « latérale jusques aux enfants seulement. » La coutume de Tournay, titre XXIV, art. 2, disait : « Représentation « a lieu en ligne directe excepté ès fiefs, mais non pas « en ligne collatérale. » La coutume de Normandie l'admettait pour les propres jusqu'au septième degré et seulement dans les termes du droit civil pour les acquêts immeubles ainsi que pour les meubles; il en était de même dans la coutume de Saint-Jean d'Angély, avec cette différence que, pour les propres, la représentation ne s'arrêtait pas au septième degré, mais avait lieu à l'infini. La coutume de Vostang n'admettait la représentation en ligne directe et collatérale aux termes du droit civil qu'entre roturiers seulement et non entre nobles; la représentation dépendait donc de la qualité des partageants; dans la coutume de Nivernais, ch. XXXIV, art. 13, la représentation était admise, aux termes du droit civil, pour les immeubles tant féodaux que roturiers, mais la repoussait absolument pour les meubles; celle de Salle de Lille, au contraire, ne l'admettait qu'en ligne directe et seulement pour les meubles et biens réputés meubles.

D'après ce qui précède, on peut se rendre compte de la multiplicité des coutumes qui se divisaient la France, et l'on peut lire sans s'étonner cette page de Ricard : « C'est le mélange de notre droit qui fait souhaiter il y a « longtemps, à tous les savants et expérimentés dans les « affaires, qu'il plaise à Sa Majesté, assembler des per- « sonnes suffisantes pour faire un droit général dans toute « la France » (*Traité de la repr.*, ch. VIII, n° 62). Depuis

Digitized by Google

longtemps déjà les plus illustres jurisconsultes avaient déploré cette diversité qui régnait entre les coutumes. Dumoulin n'avait cessé de réclamer l'unification du droit privé et il travailla dans la mesure du possible pour arriver à ce résultat : c'est dans cette pensée qu'il écrivit ces *notæ solemnes consuetudines, son oratio de concordia et unitate consuetudinis.* Il eût voulu qu'on arrivât à l'unité pour tout le pays coutumier, qu'on fît une seule coutume générale, et il disait que cette grande mesure, non-seulement nécessaire pour extirper la multitude effrayante des procès serait encore utile aux rois eux-mêmes à un point de vue purement politique. Mais tous ses vœux se brisaient contre les intérêts opposés de la féodalité. Le président de Lamoignon conçut le projet de réaliser le vœu de Dumoulin et, pensant qu'il était très important d'établir l'unité dans le droit civil, il aurait voulu réunir en un seul code toutes les lois françaises; il rédigea dans ce but un véritable projet d'une coutume unique. Voici comment il avait organisé la représentation dans son recueil des Arrêtés (5e partie, titre XLI).

« Art. XX. En ligne directe représentation a lieu infiniment en quelque degré que ce soit.

« Art. XXI. Représentation n'a point lieu à l'égard des ascendants en telle sorte que quand il y a un ascendant plus proche, l'ascendant plus éloigné en degré ne succède pas.

« Art. XXII. En ligne collatérale, représentation a lieu quand les neveux et nièces au premier degré, viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères et sœurs du décédé.

« Art. XXIII. Mais si les neveux et nièces en semblable degré viennent de leur chef et non par représentation,

Digitized by Google

ils succèdent par tête et non par souche, tellement que l'un ne prend non plus que l'autre.

« Art. XXIV. Demeureront abrogées toutes les coutumes qui rejettent la représentation en ligne collatérale au premier degré des neveux et nièces et celles qui l'étendent aux degrés les plus éloignés.

« On ne représente jamais les personnes vivantes, mais celles qui sont mortes naturellement ou civilement. »

La pensée de Lamoignon ressort clairement de ce dernier article. Désormais tous les pays de droit coutumier seront soumis à des règles uniformes. La représentation sera admise dans toutes les coutumes et dans toutes on observera les mêmes principes; et ce sont les Novelles 118 et 127 qui serviront à tracer les grandes lignes de cette institution. La représentation aura lieu à l'infini en ligne directe et en ligne collatérale, sera restreinte dans les termes du droit de Justinien avec consécration des opinions d'Azon et d'Accurse adoptées chacune dans ce qu'elle avait de vrai et d'équitable.

Digitized by Google

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Nous devons dire deux mots du droit intermédiaire qui servit de transition entre nos anciennes coutumes et notre Code civil, à cause des modifications profondes qu'il apporta à notre droit antérieur. Non seulement il opéra un changement immense en se substituant seul aux nombreuses coutumes qui se partageaient la France, ce qui ne fut pas un de ses moindres effets, car cette codification unique fait un contraste remarquable avec la diversité des lois antérieures, mais encore il bouleversa tout le système successoral ancien en effet : « Toute « inégalité ci-devant résultante, entre les héritiers *ab* « *intestat* des qualités d'aînés ou de puînés, de la dis- « tinction des sexes, des exclusions coutumières soit en « ligne directe soit en ligne collatérale » (art. 1). L'article 2 ne fait que confirmer l'unification de la législation que nous avons signalée : « La représentation aura lieu « à l'infini en ligne directe descendante, dans toutes les « coutumes, savoir : dans celles qui la rejettent indéfini- « ment, à compter du jour de la publication du présent « décret; et dans celles qui la rejettent seulement pour « les personnes et les biens ci-devant nobles, à compter « du jour de la publication du décret du 15 mars 1790 » (loi du 8 avril 1791).

Digitized by Google

Mais ce fut la loi du 17 nivôse an II qui réglementa particulièrement les successions. Voici les idées qui se dégagent de cette loi en ce qui touche la représentation. Nous n'avons rien à dire de la représentation en ligne directe descendante, elle fut admise à l'infini, ce n'était que la consécration du système de la plupart de nos coutumes, système si naturel que notre Code n'a pas hésité à le reproduire; mais en ligne collatérale on admit également la représentation à l'infini. « Art. 77 : La repré-« sentation a lieu jusqu'à l'infini en ligne collatérale; ceux « qui descendent des ascendants les plus proches du « défunt excluent ceux qui descendent des ascendants « plus éloignés de la même ligne. » Cette représentation à l'infini en ligne collatérale avait le défaut de compliquer les liquidations des successions et reposait moins sur l'intention du *de cujus,* l'affection qu'il avait pour des héritiers, qui, si éloignés de lui, lui étaient le plus souvent parfaitement inconnus, que sur l'esprit de réaction, les grandes fortunes et le morcellement sans fin des propriétés, but que par la loi de nivôse on atteignait indirectement comme on peut le prouver par l'exemple suivant. Si nous supposons un *de cujus* n'ayant ni enfant, ni père, ni frère, ni neveu, mais laissant trois oncles; que l'un, Primus, soit vivant; l'autre, Secundus, prédécédé et laissant deux enfants au premier degré, et le troisième, Tertius, également prédécédé et laissant quatre petits-enfants d'un fils déjà mort; grâce à cette représentation collatérale à l'infini, les trois oncles ayant chacun droit au tiers de la succession que nous supposons 12, Primus aura quatre douzièmes, les enfants de Secundus chacun deux douzièmes, et les petits-fils de Tertius chacun un douzième.

Digitized by Google

CODE CIVIL.

L'article 739 de notre Code reproduit, dans sa définition de la représentation, l'idée de fiction qui avait prévalu chez tous nos anciens auteurs. Cette idée de fiction lui a suscité de violentes critiques. Il n'y a point, a-t-on dit, de fiction dans la disposition de la loi qui admet, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, les petits-enfants et les neveux à succéder par représentation de leur père. Le législateur n'a pas besoin de recourir aux fictions qui sont la ressource de la faiblesse. Elles furent inventées à Rome par les préteurs, afin de tempérer par des moyens détournés la rigueur d'une loi qu'ils ne pouvaient pas abroger directement et à laquelle ils voulaient déroger, sous prétexte d'équité. Les jurisconsultes imitèrent les préteurs et usèrent de fictions dont l'usage leur parut plus commode, soit pour adoucir une loi trop dure, soit pour rendre leurs écrits plus méthodiques, en faisant dériver d'un même principe plusieurs décisions qui ne dérivaient pas de la même source; mais le législateur, lui, commande. Il n'y a d'ailleurs et il n'y a jamais eu ici aucune fiction; on fait monter le représentant d'un ou de plusieurs degrés, et on l'appelle lui-même à la succession; cela est apparemment très réel et très positif (Toullier, t. II, n° 189). Ces critiques sont-elles bien méritées? D'abord qu'à toutes les époques le législateur ait pu créer des fictions, cela est incontestable, et MM. Ducaurroy et Bonnier ont déjà fait remarquer que les fictions à Rome ne furent pas seulement l'œuvre des préteurs, mais que les lois aussi en ont créé : la loi Cornélia, par exemple.

Digitized by Google

Ces fictions, procédés ingénieux que Toullier reconnaît nécessaires pour l'œuvre des jurisconsultes, ne le sont pas moins pour l'œuvre du législateur, parce que, dans le deuxième cas comme dans le premier, elles maintiennent l'harmonie des règles en y rattachant comme des conséquences celles mêmes de leur disposition qui, au fond quelquefois, s'en écartent radicalement. Dans notre sujet, en particulier, on peut dire que l'emploi de ce mot traditionnel, *fiction,* était une idée trop ingénieuse pour qu'elle pût être abandonnée. N'est-ce point une fiction qui fait revivre les enfants dans la personne de leur père prédécédé, qui les appelle, eux, d'un degré plus éloigné, à concourir avec des parents plus proches; qui ne fait compter que pour une personne (le représenté), toutes les personnes qui le représentent et établit ainsi le partage par souches.

D'après Demante, ce mot *fiction* a encore un autre avantage : il sert à consacrer ce grand principe d'après lequel les successions doivent être déférées aux héritiers les plus proches, principe si essentiellement équitable que l'on a cru ne pouvoir s'en écarter que par une fiction; de plus, ce mot résume brièvement la pensée du législateur : tirer pour le cas supposé toutes les conséquences qui eussent découlé de ces faits s'ils étaient réels. On a encore reproché à l'article 739 de parler de représentants et de représentés, sans faire connaître quelles personnes pouvaient être représentées ou représentants; on a dit encore que les mots *place* et *degré* sont synonymes en matière de succession, que l'un des deux était donc superflu, car, il est clair que le représentant ne peut pas prendre la place du représenté sans monter dans son degré. Enfin, il n'est pas exact de dire que le représentant entre dans les droits du représenté. On ne représente, en effet, que

Digitized by Google

ceux qui sont morts avant le *de cujus* (art. 744); or, aux termes de l'article 725, les personnes qui avaient cessé d'exister au décès du *de cujus* n'ont aucun droit à sa succession : en cessant de vivre, elles ont cessé d'être capables. Le représenté n'a donc eu aucun droit à la succession du *de cujus*. Il fallait dire : dans les droits qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu au *de cujus*. Mais il faut avouer que ce n'est là qu'une simple inexactitude de langage qui n'a jamais donné lieu à aucune difficulté. Dominé par cette idée vraie que la représentation est une fiction, le législateur aura considéré l'héritier prédécédé, le représenté, comme un héritier vivant qui a des droits à la succession du *de cujus*, sans pouvoir les exercer autrement que par l'intermédiaire et, pour ainsi dire, avec l'aide de ses propres enfants.

Nous ne reviendrons pas sur les conditions d'ouverture de la représentation que nous avons étudiée sous la coutume de Paris. Elles sont reproduites dans notre Code et ne sont en effet qu'une conséquence de la fiction qui sert de base à la représentation. Nous allons simplement examiner les deux questions suivantes : Si l'on peut représenter un absent, un indigne.

L'article 744 nous dit que l'on ne représente pas les personnes vivantes, mais simplement celles qui sont mortes naturellement ou civilement. Qu'arriverait-il si la personne à représenter se trouvait dans cet état incertain qui s'appelle l'absence, pourrait-on la représenter?

On le pouvait dans l'ancien droit. Basnage n'en faisait aucun doute quand il écrivait « que la représentation « a lieu d'une personne absente ou qui n'est plus » (sur l'article 304 de la coutume de Normandie). Devons-nous, aujourd'hui encore, admettre cette opinion? Telle

Digitized by Google

est la question que nous allons étudier. « S'il s'ouvre « une succession, nous dit l'art. 136 C. Civ., à laquelle « soit appelé un individu dont l'existence n'est pas re- « connue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec « lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux « qui l'auraient recueillie à son défaut. » Deux systèmes sont en présence.

I. Ce système, qui compte pour défenseurs Proudhon et Favard de Langlade, prive les enfants de l'absent du bénéfice de la représentation, et ne les admet à succéder de leur chef qu'en prouvant le décès de leur père. Dès lors, la succession devra être recueillie comme si les enfants de l'absent n'existaient pas plus que ce dernier. Prenons une espèce. Primus est mort, laissant un fils absent, des enfants de ce fils et un frère. Si le fils absent était mort avant son père, ses enfants arriveraient à la succession de l'aïeul et la partageraient par moitié avec leur oncle; mais l'ignorance dans laquelle on se trouve du sort de l'absent l'empêche, d'après Proudhon, d'être représenté. En effet, dit-il, on ne représente que les personnes décédées avant le *de cujus*, l'article 744 est formel. Rien ne prouve que l'absent était décédé à l'époque de l'ouverture de la succession, aussi l'article 136 attribue la succession d'abord à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, puis, mais en second ordre, à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. Les deux vocations ne sont pas simultanées, l'une est principale, l'autre subsidiaire; les enfants ne viendront pas par représentation de leur père, en concours avec leurs oncles ou tantes, mais seulement à défaut de ces oncles ou tantes qui sont d'un degré plus proche. A quel titre les enfants de l'absent viendraient-ils à la succession de

Digitized by Google

l'aïeul? Comme représentants de leur père, mais alors ils doivent prouver que leur père était mort avant l'ouverture de la succession (art. 744), invoqueront-ils le droit de transmission (1), mais alors ils devront prouver que leur père vivait à l'ouverture de la succession et qu'il est décédé depuis (art. 781); vont-ils se présenter comme exerçant ses droits alors qu'ils prouvent que leur père existe et accepte la succession, car ils ne peuvent pas

(1) Il ne faut pas confondre la représentation avec la transmission. La représentation a lieu dans le cas où l'enfant succède au lieu de son père qui est décédé avant l'ouverture de la succession. La transmission a lieu dans le cas où celui qui était appelé à une succession décède après son ouverture, mais avant de s'être porté héritier, et transmet son droit, avec sa propre succession, à ceux qui sont ses héritiers. Ainsi la représentation suppose une simple espérance, et la transmission un droit qui est déjà formé (Lebrun, liv. III, ch. v, sect. 1, n° 1).

Dans le premier cas, on dit que la succession est immédiate, parce qu'en effet les représentants prennent sans intermédiaire la succession que le représenté n'a pu avoir, puisqu'elle n'était pas ouverte lors de son décès. Dans le second, au contraire, la succession est médiate, parce qu'elle a été d'abord déférée à celui auquel les héritiers succèdent, et que ce n'est qu'après lui qu'ils la recueillent. De là résultent les différences suivantes :

1° Les représentants viennent *jure suo :* ils ne tiennent pas leur vocation du représenté, mais de la loi; et ce n'est pas aux droits du représenté qu'ils succèdent, mais aux droits qu'il aurait eus s'il eût survécu au *de cujus.* Ceux au profit desquels s'opère la transmission, au contraire, acquièrent les droits qui s'étaient ouverts dans la personne du transmettant; ils succèdent *jure alieno.*

2° La représentation ne peut avoir lieu que dans les successions légitimes; tandis que le cas de transmission peut aussi bien se présenter dans les hérédités testamentaires que dans les hérédités *ab intestat.*

3° La représentation est un privilège qui n'existe qu'au profit de certaines personnes; il n'en est pas de même de la transmission.

4° On peut représenter celui dont on a refusé la succession; mais on ne peut succéder par transmission que sous la condition d'accepter la succession du transmettant.

Digitized by Google

se porter héritiers pour lui, et tant que leur père n'accepte pas lui-même, sa part accroît à ses cohéritiers (art. 786) (Favard de Langlade, *Rép., Absence,* sect. 3, § 2, n° 2; Proudhon, t. I, p. 192).

Ce système est universellement rejeté, il ne se soutient pas devant cette considération que l'absent ne peut pas être, relativement au même objet et entre les mêmes personnes, réputé mort et vivant tout à la fois. Mort pour l'exclure de la succession, vivant pour exclure ses enfants. Ce sont deux présomptions contradictoires entre lesquelles il faut opter. Si on empêchait les enfants de l'absent de le représenter, on les dépouillerait de leur part, d'un droit qu'ils ont comme fils, sans que leur père ait renoncé, sans qu'il ait été déclaré indigne et sans que personne prouve qu'il existe encore. Ces considérations arrêtent M. de Plasmans qui, bien que partisan de ce premier système, hésite, et tout en reconnaissant que la logique est pour lui, approuve les tribunaux de ne pas appliquer à la lettre l'art. 136 (*Absence,* t. I, p. 333, 342). L'interprétation de Proudhon produit une flagrante iniquité, car, « dans quelque hypothèse qu'on se place, « le fils ou le frère ne devrait avoir que la moitié de la « succession; et, au contraire, ils arriveraient ainsi par « de véritables subtilités à s'en emparer exclusivement. » Il n'y aurait que le cas où le cohéritier absent serait renonçant ou indigne que la succession toute entière pourrait appartenir à son cohéritier présent (art. 744-786); mais d'abord, cette hypothèse suppose l'existence de l'absent, qui précisément n'est pas prouvée; et, de plus, elle suppose sa renonciation ou un cas d'indignité, ce qui ne se présume pas (art. 724-784) (Demol., *Absence,* n° 209). On sait qu'on peut succéder à quelqu'un par représenta-

Digitized by Google

tion ou par transmission. L'article 136 ne prévoit que ce dernier mode de succéder : « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue. » Pierre a légué ses biens à Jean et à Paul, que nous supposons ses cousins. Paul est absent au moment de l'ouverture de la succession. Ses successibles doivent prouver qu'il a survécu à Pierre, parce que Paul n'avait de droit à la succession de Pierre qu'à la condition de lui survivre, et que ses parents ne peuvent acquérir la succession de ce dernier que par transmission. Ce qui prouve que c'est bien là l'hypothèse prévue par l'article 136, c'est le mot « existence; » car si Pierre était le père de Jean et de Paul, à quoi servirait aux enfants de l'absent de prouver l'existence de leur père : vivant ou mort, du moment qu'il aurait existé, n'aurait-il pas des droits acquis à la succession de Pierre. L'article 136 prévoit donc le cas où les successibles ne sont ni descendants, ni frères ou sœurs du *de cujus*. Dans notre hypothèse, Jean et Paul étant cousins et au même degré, Paul étant absent, sa succession sera dévolue à Jean qui avait le droit de concourir avec lui, et si Jean était seul héritier dans son degré, son absence ferait passer la succession de Pierre aux parents plus éloignés qui l'auraient recueillie à son défaut. Mais si Jean et Paul étaient les enfants de Pierre ou ses frères, il est bien évident que l'article 136, antérieur aux articles qui traitent de la représentation, ne dérogerait en rien, ne prévoyant pas ce cas, aux principes généraux des successions. Du reste, la jurisprudence, marchant d'accord avec l'ancien droit dans l'application de l'article 136, admet la représentation de l'absent par ses enfants (Paris, 27 janvier 1812; Cass., nov. 1834).

Digitized by Google

Le représentant, déclare l'article 739, entre par la représentation dans les droits du représenté; cet article a bien l'air de dire que l'on ne peut représenter qu'une personne qui aurait eu des droits si elle avait survécu. L'indigne (c'est le seul cas d'incapacité que l'on puisse citer depuis la loi du 14 juillet 1819), peut-il être représenté par ses enfants?

« Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur « chef et sans le secours de la représentation, ne sont pas « exclus pour la faute de leur père, » dit l'art. 730. Comment faut-il entendre cet article? Il prévoit deux hypothèses : celle où les enfants de l'indigne viennent à la succession de leur chef, et celle où ils n'y pourraient venir qu'avec le secours de la représentation. Dans la première, les enfants ne doivent pas être exclus pour la faute de leur père. Ainsi se trouve abrogée la doctrine consacrée dans l'ancien droit, par des arrêts, entre autres, l'arrêt célèbre rendu le 15 mai 1665 et connu sous le nom d'arrêt de la Morineau. Suivant cette doctrine, les enfants de l'indigne étaient directement et personnellement exclus, ils perdaient par l'indignité de leur père toute vocation héréditaire. « Il n'est pas juste, disait Lebrun, que la bran- « che qui a porté le venin sur sa tige ait droit d'en « attendre quelque subsistance, et que cette tige ainsi « morte et éteinte doive encore substanter le rameau qui « l'a fait mourir » (liv. III, ch. IX, n° 1).

Notre article 730 n'admet donc plus cette doctrine et a consacré le principe de la personnalité de la peine lorsque les petits-enfants viennent à la succession de leur chef. Mais faut-il conclure de l'article 730, que lorsque les petits-enfants, pour succéder, ont besoin du secours de la représentation, ils doivent être exclus

Digitized by Google

de la succession. Cette question est vivement controversée. Que les enfants de l'indigne vivant soient exclus de la succession lorsque leur père a un frère, nul doute : car comment pourraient-ils concourir avec leur oncle? Ils ne peuvent pas, en effet, venir de leur chef en concours avec leur oncle parce qu'il est un degré plus proche qu'eux; d'un autre côté, ils ne peuvent pas concourir avec lui au moyen de la représentation, parce que leur père est vivant, et que, quoique indigne, il occupe réellement son degré dans la famille, et qu'aux termes de l'article 744 on ne représente que les personnes décédées avant le *de cujus*. Plaçons-nous donc dans une autre hypothèse. Les enfants de l'indigne peuvent-ils le représenter lorsque l'indigne est mort avant le *de cujus?* Secundus a tenté de donner la mort à son père, il a été condamné comme meurtrier. Secundus meurt, et son père, qui décède quelques jours après, laisse pour parent un fils Primus et les enfants de son fils coupable : ceux-ci peuvent-ils représenter leur père? L'opinion générale admet la représentation dans ce cas; l'article 730, dit-on, ne prévoit pas le cas où le coupable est mort avant le *de cujus,* il le suppose survivant puisqu'il le suppose indigne. L'indignité, en effet, ne peut pas être encourue lorsque le parent qui a commis l'un des faits auxquels la loi l'attache est décédé avant l'ouverture de la succession de celui envers lequel il s'était rendu coupable. Pour pouvoir être un héritier indigne il faut nécessairement être d'abord héritier. Plusieurs objections ont été faites contre ce système.

1° Et d'abord, a-t-on dit, sans tenir compte du sens précis du mot indigne, puisque, aux termes de l'article 744, on ne représente pas les personnes vivantes, il

Digitized by Google

est évident que l'article 730 entend parler d'une personne décédée avant le *de cujus*. Autrement sa disposition serait complètement inutile, puisqu'elle ne serait qu'une application du principe général. Il est bien évident que les enfants de l'indigne ne peuvent pas venir par représentation dans un cas où les enfants de celui qui n'est pas indigne ne le peuvent pas eux-mêmes; l'article 730 prévoit donc l'hypothèse où la représentation est possible, d'après le droit commun, c'est-à-dire le prédécès du père, et fait connaître que le droit commun n'est pas applicable aux enfants de l'indigne.

Cette objection n'est rien moins que décise. Sans doute, l'explication que nous avons donnée rend ces mots « sans le secours de la représentation » inutile si toutefois il est inutile de répéter un principe important et d'appliquer une règle à un cas particulier. Mais il vaut mieux reconnaître dans la loi un texte inutile qu'une disposition contraire à l'équité et aux principes. Est-ce d'ailleurs le seul exemple de disposition superflue? L'article 787, pour ne pas sortir de la représentation, dispose « qu'on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé. » Ainsi voilà un texte rédigé tout exprès pour proclamer la conséquence d'un article écrit antérieurement à l'article 744; comment s'étonner de trouver dans l'article 730 une autre application de ce même principe qui n'était pas encore spécialement formulé? Il est probable que ces mots « sans le secours de la représentation, » auront été inspirés aux rédacteurs du Code par cette phrase de Pothier : « C'est pourquoi « on doit décider que les enfants de l'indigne ne peuvent « succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais « qu'ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé » (*Des succ.*,

Digitized by Google

ch. II, sect. 1, § 2). Il faut reconnaître pourtant que la rédaction de l'article 730 ne reproduit pas la parfaite clarté de ce texte.

2° Autre objection : c'est dans les travaux préparatoires qu'il faut rechercher la véritable pensée du législateur quand elle ne ressort pas avec évidence du texte de la loi. Or, M. Siméon disait formellement au Conseil d'État que l'indignité ne nuit point aux enfants lorsqu'ils peuvent arriver à la succession de leur chef et sans représenter l'odieuse tête de leur père; ce n'est donc pas parce que leur père est vivant qu'on leur refuse le droit de le représenter, mais afin qu'il ne représente pas sa tête odieuse. Dès lors qu'importe que leur père soit mort ou vivant. Dans l'un comme dans l'autre cas, sa tête odieuse ne peut pas être représentée. A cette objection on peut répondre que les travaux préparatoires offrent souvent des opinions entièrement personnelles à celui qui les a émises; et il y a lieu de les considérer comme personnelles lorsque, comme dans le cas qui nous occupe, elles sont contraires aux principes généraux.

II. Après tout, disent les adversaires du système que nous soutenons, quel que soit le sens de l'art. 730, peu importe : le représentant ne peut succéder qu'en invoquant les droits du représenté; or, si celui-ci eût survécu au *de cujus,* il n'aurait pas eu de droit. Est-ce bien exact? N'eût-il pas été appelé à la succession, au contraire; il eût été investi des droits héréditaires; et ce n'est qu'après avoir été investi qu'il eût été déclaré indigne et dépouillé de la part qui devait lui revenir. Les enfants de l'indigne peuvent donc invoquer les droits qu'il aurait eus; et ces droits ils les conservent s'il n'existe en eux-mêmes aucune cause d'indignité.

Digitized by Google

III. Aux termes de l'art. 730, la faute du père ne nuit point aux enfants lorsqu'ils peuvent succéder de leur chef et sans le secours de la représentation. Il y a donc, d'après le texte, un cas où la faute du père va leur nuire; quel peut être ce cas? Evidemment c'est celui où les enfants prétendent à la succession en qualité de représentants de leur père. Mais n'est-ce pas résoudre la question par la question et raisonner comme si le sens des mots « sans le secours de la représentation » n'était pas controversé. Ne vaut-il pas mieux dire au contraire que cet article déclare expressément qu'il ne faut pas que les enfants soient exclus par la faute de leur père. Or il est bien évident que ce serait aller contre son esprit que de priver les enfants du bénéfice de la représentation que la loi leur confère à eux-mêmes et directement.

IV. Enfin, l'article 848 ordonne aux représentants le rapport des choses que leur père avait reçues du *de cujus* à titre de libéralité, on veut conclure que les représentants doivent subir toutes les résolutions qu'aurait subies le représenté, et que, par conséquent, ils doivent perdre la succession que le représenté lui-même n'aurait pas pu conserver.

Mais c'est oublier qu'il faut excepter des résolutions auxquelles sont exposés les représentants, celles que le représenté n'eût subies qu'à titre de peines. Les peines ne tombent pas sur d'autres que les coupables. L'indignité est donc, dans notre droit actuel, un exemple d'incapacité relative. Il en est encore une autre : celle qui, d'après le décret du 26 août 1811, empêche le Français naturalisé en pays étranger, sans autorisation, de recueillir une succession en France. Avant la loi du 14 juillet 1819, on pouvait objecter que la qualité d'étranger constituait

Digitized by Google

plutôt une incapacité absolue qui supprimait le degré lui-même, qu'une incapacité relative qui empêchait seulement de remplir le degré. Mais à présent que les étrangers peuvent succéder en France comme les Français eux-mêmes, la question ne peut plus faire de doute. Il est certain que ce n'est pas par suite de sa qualité d'étranger que le Français naturalisé sans autorisation ne peut pas succéder en France, mais simplement par l'effet d'une incapacité particulière et tout à fait personnelle, qui ne peut, par conséquent, faire obstacle à la représentation.

En faveur de quels héritiers la représentation est-elle admise?

Ainsi que nous l'avons déjà dit, nombreuses étaient les divergences qui existaient entre les coutumes, sur le point de savoir quels héritiers devaient être admis au bénéfice de la représentation. Pour ramener, sur ce sujet, la législation à des règles uniformes, les rédacteurs du Code se sont laissés guider par les mêmes principes qui leur avaient servi à établir l'ordre général des successions, et ils ont choisi entre le droit écrit et les divers usages des pays coutumiers ce qui était le plus conforme à la nature et à la présomption de la volonté du défunt. Le droit de représentation est donc accordé à certains parents qui sont présumés avoir succédé, dans le cœur du *de cujus,* à toute l'affection qu'il avait pour un autre parent prédécédé. Telle est la règle fondamentale en notre matière.

Digitized by Google

Descendants.

Hors les coutumes qui ont toujours repoussé la représentation, toutes ont admis que la représentation devait avoir lieu dans l'ordre des descendants, et qu'il fallait appeler les enfants et petits-enfants du défunt préférablement à tous les autres parents. Aucune n'a songé à contester l'équité de cette disposition, véritable loi de la nature, car l'affection de l'homme s'étend à tous ses descendants et les suit dans les degrés les plus éloignés; toujours ceux qui survivent remplacent dans le cœur d'un père ceux qui sont décédés. C'est cette règle qu'a consacrée l'article 740 : « La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante. » Les petits-enfants entrent dans le degré de leur père ou mère qui se trouve vacant par leur décès; si quelqu'un de ces petits-enfants était lui-même prédécédé, les enfants de ce petit-enfant entrent pareillement dans ce degré, comme leur père y serait entré et ainsi de suite, aussi loin que la représentation peut s'étendre. Si leur père avait survécu, la succession du *de cujus* fût revenue en partie aux petits-enfants après avoir passé par les mains de leur père; il était donc équitable de réparer au moyen de la représentation, le tort certain que la mort de l'un des enfants avait ainsi causé à sa branche. Mais si les enfants légitimes sont admis à la succession de leur aïeul par représentation de leur père, faut-il étendre ce bénéfice aux enfants adoptifs et aux enfants naturels?

Enfants adoptifs.

L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté une quasi-parenté qui, restreinte à leurs personnes, ne les rat-

Digitized by Google

tache pas à leurs parents. Aucune parenté n'existe entre l'adopté et les parents de l'adoptant, et *vice versâ* entre l'adoptant et les parents de l'adopté. Aussi l'enfant adoptif n'ayant aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant, ne peut, dans le cas de prédécès de celui-ci, invoquer le droit de représentation pour succéder aux ascendants ou aux frères et sœurs du défunt, et que les enfants légitimes du fils adoptif ne peuvent même pas, ni de leur chef ni par représentation de leur père, prétendre à la succession de l'adoptant, car ils ne sont pas ses parents. Il nous semble cependant qu'il faut faire une distinction. Que l'adoptant ne puisse que se créer une famille personnelle, propre, en adoptant une personne, tout le monde le comprend; il eût été bizarre que, grâce à l'adoption, il ait pu imposer, par exemple, un neveu à ses frères. Par conséquent, nous admettons très bien que l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant; mais dire que par rapport à l'adoptant et à l'adopté, les liens qui les unissent commencent et finissent avec eux, c'est ce que nous repoussons absolument. L'adoptant a voulu se créer une famille, c'est un nom qu'il tient à conserver, une fortune qu'il veut empêcher de s'émietter, et lorsque l'adoption lui a donné un fils, ce serait à ce fils adoptif que devrait se borner son affection. Que les parents de l'adopté ne soient pas les parents de l'adoptant, cela se comprend, mais le mot parent est un terme très élastique qui embrasse toute cette famille plus ou moins lointaine; l'adoption ne crée pas un lien entre deux familles, c'est exact, mais elle le crée entre deux personnes, l'adoptant et l'adopté, lien qui ne peut pas s'élargir, mais qui s'étendra si des enfants naissent de l'adopté.

Digitized by Google

Merlin (*Quest.*, v° *Adopt.*, § 7), admet cette opinion, du moins pour les enfants de l'adopté nés depuis son adoption; il ne leur refuse le droit de succéder que s'ils sont nés antérieurement à l'adoption. Nous ne saisissons pas bien cependant, nous l'avouons, cette distinction, car si on accorde à l'imprévu aux enfants à naître le droit de représenter leur père, pourquoi le refuser à ceux dont l'adoptant a pour ainsi dire ratifié la naissance au jour de l'adoption.

Delvincourt, t. I, p. 258, Favard, *Adop.*, sect. 2, § 9, n° 9, dénient aux descendants de l'adopté tout droit sur la succession de leur père. Si l'adoption créait un lien, s'il existait une relation de filiation entre l'adoptant et les enfants de l'adopté, l'article 349 n'eût pas restreint à l'adoptant et à l'adopté l'obligation réciproque de se fournir des éléments. Peut-on raisonnablement dire que les fils de l'adopté sont moins les petits-fils de l'adoptant que le fils adoptif n'est son enfant. L'adoptant n'est-il pas devenu le père de l'adopté; l'adopté n'a-t-il pas sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage (art. 350). Peut-on empêcher que l'adoptant soit l'ascendant des enfants de l'adopté.

Pour prouver qu'il se forme une relation de parenté entre l'adopté et les enfants de l'adopté, on pourrait encore s'appuyer sur ce que les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant et sur ce qu'entre ces diverses personnes existe un empêchement au mariage, mais ces arguments, nous le reconnaissons, ne sont pas très concluants, car on ne manque pas d'y répondre; que l'adopté, lui aussi, porte le nom du père de son père adoptif, mais que cependant la loi n'établit entre eux aucun lien de

Digitized by Google

parenté; que si les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant, ce n'est point parce qu'ils sont ses parents; ils le portent parce qu'il appartient à leur père et qu'il est de principe que l'enfant prend le nom de son père; que d'autre part, l'empêchement au mariage entre l'adoptant et les enfants de l'adopté ne prouve rien, car ce même empêchement existe entre l'adopté et certains parents de l'adopté, et que cependant la loi dit elle-même qu'il n'existe entre eux aucun lien de parenté, c'est que l'empêchement au mariage est fondé dans les deux cas, non sur la parenté, mais sur des considérations d'honnêteté publique.

On nous oppose encore l'article 351 : « Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession retourneront à l'adoptant ou à ses descendants. » Si cet article, dit-on, accorde aux enfants de l'adopté le droit de conserver, quand ils succèdent à leur père, les biens que l'adoptant lui avait donnés, il montre bien en restant muet sur leur droit successoral qu'il n'a voulu évidemment leur accorder que le premier. Mais pourrait-on répondre si la loi a accordé aux enfants de l'adopté le droit exorbitant de conserver, quand ils succèdent à leur père, les biens que l'adoptant lui avait donnés et ne s'est pas expliqué sur leur droit propre à la succession de l'adoptant, c'est que ce droit découle naturellement des principes admis en matière de succession.

L'adoption est une image de la parenté naturelle, donc les enfants de l'adopté doivent représenter leur père : « Ce n'est pas là une institution d'héritier par testament « qui devient en effet caduque par le prédécès de l'insti- « tué. S'il était possible de faire une comparaison exacte

Digitized by Google

« entre des choses qui procèdent de causes diverses et qui « doivent nécessairement différer dans leurs effets, ce « serait avec l'institution contractuelle qu'il faudrait sous « ce rapport comparer l'adoption et décider en consé- « quence qu'elle profite aux enfants de l'adopté prédé- « cédé » (Duranton, t. III, n° 304). C'est conformément à ces principes que la question a été jugée par de nombreux arrêts : 2 déc. 1822, 27 janv. 1824, 30 mai 1868, 10 nov. 1869.

Enfants naturels.

En France, le bâtard ne succède ni à père, ni à aucun parent, disait Bacquet. Tel était du moins le principe généralement admis et consacré par la plupart des coutumes. Quelques-unes seulement comme celles de Valenciennes (art. 121), de Thérouane (art. 4, tit. I), admettaient les bâtards à la succession de leur mère et de leurs parents maternels; nul n'est bâtard de par sa mère. Les décisions de ces coutumes, d'après Lebrun, blessaient en quelque façon l'honnêteté publique. Voilà pour le bâtard lui-même; quant à ses propres enfants, nés d'un légitime mariage, on les écartait naturellement aussi de la succession des personnes auxquelles le bâtard ne succédait pas (Lebrun, *Des succ.*, chap. II, p. 18).

Anéantissant d'un trait le système du droit ancien en cette matière et portant la réaction jusqu'à l'excès, la loi du 12 brumaire an II assimila les enfants naturels aux enfants légitimes et leur accorda les mêmes droits de successibilité : « L'ancien droit n'avait eu en vue que l'intérêt de la société en refusant tout droit de successibilité aux enfants naturels, c'était pour encourager le mariage et veiller avant tout à la conservation et à l'honneur des

Digitized by Google

familles qui constituent l'État, qui en font la force et qui maintiennent cette pureté et cette bonté de mœurs qui mènent à l'amour de la patrie » (Montesquieu, *De l'esprit des lois,* liv. V, ch. II). Le droit intermédiaire lui, prit en main l'intérêt des enfants naturels. Comment, en effet, les abandonner sans ressources, ces enfants que leur naissance désigne à la honte et à l'opprobre? Sont-ils donc coupables des fautes de leurs parents? Mais c'était encourager les unions passagères et illicites.

Le Code se plaçant entre ces deux systèmes, sut concilier dans une équitable mesure l'intérêt de la société avec celui des enfants naturels en leur accordant un droit de succession, mais moins étendu que celui qui est accordé aux enfants légitimes; c'est dire que la représentation a été également introduite dans les successions irrégulières pour les droits restreints qu'ont les enfants naturels. Art. 759 : « En cas de prédécès de l'enfant naturel ses en-« fants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés « par les articles précédents....; » ces mots : enfants ou descendants, sans aucune limitation, montrent que dans les successions irrégulières, la représentation a été admise à l'infini. Elle a lieu aussi dans les mêmes cas et s'exerce de la même manière qu'en succession régulière, car les motifs sont les mêmes, et l'art. 759 ne fait aucune distinction, aucune exception.

On s'est demandé si l'art. 759 ne comprenait pas indistinctement tous les enfants, soit légitimes, soit naturels de l'enfant naturel. Favard et Malleville, dont nous partageons l'opinion, disent que les enfants naturels prédécédés doivent avoir des droits dans la succession du père ou de la mère de celui-ci; il est inutile de dire que nous ne parlons que des enfants naturels légalement re-

Digitized by Google

connus. Puisque l'art. 759 ne fait pas de distinction en parlant des enfants ou descendants de l'enfant naturel, il comprend ainsi ceux qui sont légitimes comme ceux qui ne le sont pas ; seulement ceux qui sont légitimes ont des droits plus forts que ceux qui sont naturels (art. 757).

Il est vrai que l'art. 756, suivant lequel les enfants naturels n'ont aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère, fournit une objection très forte contre le système que nous proposons; c'est sans doute sa valeur qui fait que M. Duranton hésite à prendre parti sur cette question (t. VI, n° 295). Mais comme le fait remarquer Malleville, il fut dit au Conseil d'État, que dans le cas qui nous occupe les fils naturels du bâtard prédécédé auraient droit sur la succession de leur aïeul dans la proportion du droit qu'ils auraient dans la succession même de leur père, et cet auteur pense que « la « volonté du législateur consignée dans le procès-verbal « de la discussion doit être considérée comme une excep- « tion à la disposition du principe que les enfants naturels « n'ont pas de droit sur les biens des parents de leur père « ou mère, d'autant mieux que l'art. 759 ne parle pas uni- « quement des enfants légitimes du bâtard, mais de ses « enfants ou descendants en général. » Le consul Cambacérès demanda si l'enfant naturel devait jouir du bénéfice de cet article. « M. Berlier observe que l'article ne peut s'appliquer dans toute sa latitude à un tel enfant, puisqu'on a décidé qu'il n'était pas héritier mais simplement créancier, et que sa créance, réduite à une quotité des biens et des droits du père, ne les représente pas en entier. Le consul Cambacérès objecte que, quoique l'enfant naturel ne soit pas héritier, il a cependant droit à un tiers d'une part héréditaire dans la succession de son

Digitized by Google

père; l'article transmet ce droit à ses descendants; or, s'il n'y a que des enfants naturels, ils auront un neuvième dans la succession de leur aïeul.

L'article est adopté (Fenet, t. XII, p. 30). Mais nous oppose-t-on, de ce que l'article a été adopté immédiatement après les paroles du consul Cambacérès et sans aucune contradiction, il ne faut pas en conclure que le Conseil d'État avait adopté aussi l'opinion qui venait d'être émise. S'il eût voulu le faire, il eût probablement changé la rédaction de l'article de manière que la proposition du consul s'y trouvât clairement indiquée. Cette opinion, du reste, est trop en opposition avec les principes pour pouvoir être admise. D'après l'article 756, les enfants naturels reconnus n'entrent pas dans la famille de leur père ou mère, ils restent étrangers à toute personne autre que celle qui les a reconnus et par conséquent n'ont aucun droit sur les biens des père et mère légitimes de leur auteur, ce serait établir un système choquant que d'admettre que parce que leur père ne serait pas enfant légitime, ses enfants naturels seraient habiles à recueillir une partie de la succession de leur grand-père naturel. En effet, voici un enfant naturel issu d'un enfant naturel, il va être appelé à la succession de son aïeul et à côté de lui se trouvera un enfant naturel issu d'un enfant légitime qui devrait être plus favorablement traité et qui va être écarté, lui, de la succession du père légitime de son propre père; car repoussé par l'article 756, il ne pourrait pas invoquer l'article 759 (Demol., *Succ.*, II, n° 68). Mais, peut-on répondre avec Delvincourt, l'art. 756 n'entend parler que des parents légitimes, et si par rapport à eux, l'enfant reconnu n'entre pas dans la famille et reste étranger à toute personne autre que celle

Digitized by Google

qui l'a reconnu, il n'en est pas de même pour la famille naturelle (Delvincourt, t. II, p. 259).

Ascendants.

« Quant aux ascendants, il n'y a pas de représentation à leur égard (art. 741); le père exclut l'aïeul, celui-ci le bisaïeul et ainsi de suite. L'aïeul en effet prend moins facilement la place du père dans les affections du petit-fils, que le petit-fils ne prend celle de l'enfant dans le cœur de l'aïeul; d'autre part, la succession du descendant ne devait pas normalement être recueillie par l'ascendant : celui-ci n'a donc vu s'évanouir aucune espérance de transmission héréditaire par la mort prématurée de son enfant. Ainsi, un ascendant d'un degré plus éloigné ne peut pas venir à la succession de son descendant, par représentation d'un ascendant d'un degré plus proche. Si, par exemple, le défunt a laissé un aïeul et un neveu, l'aïeul ne pourra pas venir à la succession de son petit-fils, par représentation de son fils à l'effet de recueillir le quart que la loi accorde à celui-ci en pareil cas, mais il sera exclu par le neveu, aux termes de l'art. 750 qui n'admet que les père et mère à concourir avec les frères ou sœurs ou leurs descendants. Mais de ce que la représentation n'est point admise dans la ligne directe ascendante, il ne faudrait pas conclure que les ascendants soient toujours appelés entre eux à succéder suivant la proximité de leurs degrés de parenté avec le défunt, et qu'en conséquence, les plus proches excluent toujours les plus éloignés. Aux termes mêmes de l'art. 741, ce n'est que dans chacune des deux lignes que l'ascendant le plus proche exclut le plus éloigné. Ce texte n'est que la reproduction de la règle établie par l'art. 733 : « Toute

Digitized by Google

succession, échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales : l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle..., il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes. »

Collatéraux.

Nous avons vu que certaines coutumes n'admettaient pas la représentation en ligne collatérale, que d'autres, au contraire, l'admettaient à l'infini. Cette dernière exagération d'une règle équitable en elle-même, mais faussée, avait été adoptée par la loi du 17 nivôse an II, dans le but de tendre au nivellement des fortunes et à l'émiettement de la propriété. Quelles difficultés devait soulever l'application de ce système qui appelait on ne sait d'où des légions d'héritiers inconnus, parents par la mort.

C'était aller contre la nature ou tout au moins contre la présomption la plus raisonnable, que d'étendre ainsi la représentation à tous les parents collatéraux sans distinction. La présomption d'affection s'affaiblit et finit par disparaître dans la ligne collatérale à mesure que les degrés se multiplient et s'éloignent. « Gardons-nous, disait Chabot de l'Allier, au Tribunat, de rompre trop vite par nos institutions les liens qui unissent les familles; cette union fait le bonheur des États... » Mais aussi la loi ne doit pas aller plus loin que la nature elle-même et supposer des affections égales lorsque réellement elles n'existaient pas.

C'est donc avec raison que, rompant avec les coutumes et la loi de nivôse qui admettaient la représentation illimitée en ligne collatérale, et la Novelle 118 qui ne l'admettait qu'en faveur des neveux et nièces, le Code civil

Digitized by Google

prit un juste milieu; et si à la rédaction du code, sous l'influence de la loi du 17 nivôse an II, s'était glissé un projet pour admettre la représentation en faveur des enfants au premier degré, de cousins-germains prédécédés lorsqu'ils se trouvaient en présence d'autres cousins-germains, ce projet fut rejeté par le Conseil d'État (Fenet, t. XII, p. 20 et 21). En effet, il résulte de l'article 742, *a contrario*, que les collatéraux ne peuvent pas invoquer la représentation, excepté les collatéraux appelés privilégiés. « En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères et sœurs du défunt. »

Dans les deux classes où la représentation est admise, elle est admise à l'infini. « La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante, » dit l'article 740; et l'article 742 exprime la même idée en d'autres termes, en disant que, en ligne collatérale, elle est admise en faveur des enfants ou descendants de frères ou de sœurs du défunt. Ainsi, non-seulement les héritiers du second degré sont autorisés à représenter ceux du premier, mais les héritiers du troisième sont admis à représenter ceux du second, et, par ce moyen, ceux du premier et ainsi de suite. Mais la représentation doit être immédiate; le représentant monte du degré inférieur au degré immédiatement supérieur sans qu'il lui soit permis de franchir un degré intermédiaire pour arriver au degré le plus éloigné. Ainsi lorsqu'un homme meurt laissant un fils et un petit-fils né d'un enfant prédécédé et qui a lui-même des enfants, ces derniers, si leur père renonce, ne pourront pas venir à la succession de leur bisaïeul en concours avec leur grand-oncle, par représentation de leur aïeul, parce qu'il leur faudrait d'abord représenter leur père, et que

Digitized by Google

l'on ne représente pas les personnes vivantes. Tel est le sens de cette ancienne règle qu'on ne représente pas *per saltem et omisso medio* (Lebrun, l. I, ch. III, n° 12). Le principe que la représentation a lieu à l'infini est fort ancien pour la ligne directe, et jamais, ni dans le droit romain, ni dans les coutumes qui admettaient la représentation, on n'a songé à contester l'évidente équité de cette disposition. Il est dans la nature, en effet, que l'affection de l'homme s'étende à tous ses descendants, et qu'elle les suive dans les degrés les plus éloignés; toujours ceux qui survivent remplacent ceux qui sont décédés, ils sont toujours les enfants. En ligne collatérale, pour les descendants des frères et sœurs, cette question diversement résolue offrait un peu plus de difficulté. Le Code innova d'une manière heureuse en étendant la représentation à tous les enfants des frères ou sœurs du défunt. Et ce n'est pas la seule amélioration que l'article 742 ait introduit dans cette matière.

Autrefois, dans l'ancien droit, la représentation ainsi limitée aux neveux et nièces du *de cujus*, n'était admise dans cette limite que pour certains cas déterminés; on a vu combien toutes ces questions qui se soulevaient avaient été débattues; on retrouve la trace de ces controverses dans l'article 26 du projet de notre Code, qui portait que la représentation est admise en ligne collatérale, si le défunt laisse des frères ou sœurs et des neveux ou nièces (Fenet, t. XII, p. 17). Mais, dans la discussion, on a reconnu que cette condition était inacceptable et l'article 742 eut pour but de trancher toute espèce de doute sur ce point. Les enfants et descendants des frères et sœurs du défunt par représentation « viennent donc à la succession concurremment avec des oncles ou tantes, » et lorsque tous les

Digitized by Google

frères et sœurs du défunt sont prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux. Aujourd'hui donc, le neveu, le petit-neveu après la mort du neveu, succèdent par représentation comme les petits-fils et les arrière-petits-fils; il n'y a plus de différence entre la descendance collatérale et la descendance directe.

Le Code n'admet plus le concours des oncles ou tantes du *de cujus*, avec les enfants d'un frère prédécédé; les collatéraux privilégiés excluent tous les autres collatéraux, non-seulement les collatéraux de la ligne dont ils font partie, mais encore ceux de la ligne à laquelle ils sont étrangers. Primus a succédé à sa mère, il n'a d'autre patrimoine que celui qu'il a recueilli comme héritier de sa mère, il meurt laissant un frère consanguin et un oncle maternel. Le frère consanguin exclura son oncle, frère de la mère de Primus (art. 750, 752, 746; Thabot, sur l'article 742; Demol., *Succ.*, I, n° 428). Mais si l'effet de la représentation s'applique aux descendants des frères utérins ou consanguins, comme aux descendants des frères germains, il est bien entendu que le partage entre eux doit se faire conformément à l'article 733, c'est-à-dire que les germains prendront part dans les deux lignes, et les utérins ou consanguins dans la ligne seulement à laquelle ils appartiennent.

Il faut ajouter qu'en ligne collatérale ce n'est pas seulement dans les successions régulières que nous trouvons la représentation. Les frères ou sœurs naturels du *de cujus*, enfant naturel lui-même, ont un droit de succession sur ces biens, droit limité seulement par le retour successoral que la loi accorde aux frères et sœurs légitimes. Ce droit de succession, établi par l'article 766, n'est

Digitized by Google

pas restreint par lui aux frères et sœurs naturels, il est établi aussi en faveur de leurs descendants. Mais ce droit de succession n'appartient-il qu'à leurs descendants légitimes, ou faut-il l'étendre même à leurs descendants naturels.

Toute dérogation, dit-on, doit être renfermée dans les limites que la loi lui assigne, la représentation est une fiction; or, les fictions ne doivent pas s'étendre d'un cas à un autre, d'une personne à une autre, il faut les restreindre, en cas spécial pour lequel elles ont été littéralement consacrées. L'article 766, après avoir introduit pour les frères ou sœurs et leurs descendants une exception à l'article 756, d'après lequel les enfants naturels n'ont aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère, n'a pas ajouté relativement à leurs descendants légitimes ou naturels, il en résulte que l'on demeure sous l'empire de la loi générale; la parenté ne se transmet qu'aux descendants légitimes.

Nous aimons mieux adopter l'opinion contraire qui prétend que la représentation est une fiction générale qu'on doit appliquer chaque fois que les motifs qui l'ont fait établir se présentent. Les descendants de frères ou sœurs ne doivent pas souffrir du prédécès de leur auteur, c'est pourquoi la loi leur accorde le bénéfice de la représentation; or ici se trouve le même motif. L'article 766 a entendu se référer aux règles ordinaires qui règlent les rapports de neveu à oncle, et que si l'on objectait que, d'après l'article 756, les enfants naturels n'ont aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère, on répondrait que l'article 766 déroge précisément à ce principe. Puisque la représentation est uniquement fondée sur une présomption d'affection, nous croyons

Digitized by Google

que cette présomption est encore plus forte entre parents naturels unis plus étroitement par le lien du malheur qu'entre parents légitimes.

Effets de la représentation.

De la définition même de la représentation, considérée par tous les auteurs comme une fiction, vont ressortir les effets qu'elle produit.

1° La représentation est une fiction qui, ayant pour but d'empêcher l'exclusion de parents plus éloignés par des parents plus proches, fait entrer les premiers dans le degré d'héritiers prédécédés qui, s'ils eussent vécu, se fussent trouvés au même degré ou à un degré plus proche que les derniers.

Le principe dominant qui a inspiré le législateur dans toute cette matière de la représentation, est que la mort d'un père ne pût ni nuire ni profiter à ses enfants. Il a voulu que, comme le dit M. Demolombe : « Les descen-« dants qui viennent par représentation recueillent à eux « tous, *per modum unius,* les mêmes droits que l'auteur « immédiat aurait recueillis lui-même, soit de son chef, « soit par représentation; de manière, finalement, à ce « que la descendance toute entière de l'héritier présomp-« tif prédécédé ne prenne collectivement que la part vi-« rile de cet héritier et n'obtienne que les mêmes droits, « ni plus ni moins » (livre I, *Success.,* chap. III, n° 432). Pour arriver à ce résultat, il fallait bien faire entrer le représentant dans la place et le degré du représenté.

2° La représentation attribue au représentant les mêmes droits que le représenté aurait eus s'il n'était pas prédécédé.

Digitized by Google

Tous les anciens auteurs qui ont écrit sur la représentation se sont attachés à cette idée et Loysel en a même fait une des maximes de notre droit coutumier : « Où représentation a lieu infiniment, dit-il, ce qui échet au père échet au fils. » Guyné, dans son *Traité de la représentation,* ne cesse de répéter que l'avantage de la représentation infinie ne consiste qu'à donner aux héritiers de chaque ligne le droit d'aller en remontant chercher le chef et l'origine de sa ligne jusqu'au lieu où elle a fourché la dernière fois pour exercer tous ses droits, et c'est ce que Duplessis a exprimé d'une manière plus énergique en disant qu'en cas de représentation, l'on succède du chef de l'ascendant au temps de la souche et que la subdivision de ce qu'on a pris en vertu de son droit se fait entre les représentants par réflexion à lui comme d'un bien de la souche.

L'idée-mère de la représentation est qu'il faut que les descendants de chaque souche recueillent à eux tous les mêmes droits que leur auteur eût recueillis, sa part virile en nom collectif.

Il faut donc dire que les représentants ne peuvent pas avoir plus de droits que le représenté, et de là dérivent ces deux conséquences :

1° Le partage par souche entre les représentants;

2° L'obligation du rapport.

Partage par souche.

Il y a en matière de succession deux sortes de partage. Le partage par tête qui a lieu lorsque les héritiers viennent de leur chef et qui fait autant de parts égales qu'il y a l'appelés, et le partage par souche qui divise la succession en autant de portions qu'il y a de souches différentes

Digitized by Google

tenant au défunt et où chaque souche d'héritiers reçoit la part qu'eût eue l'auteur de la souche s'il eût été vivant au moment où la succession s'est ouverte. Nous avons eu l'occasion de voir les controverses qui avaient été soulevées sur ce point et les opinions d'Accurse et d'Azon.

La trace de ces controverses se retrouve dans le projet du Code. L'art. 26 admettait la représentation en ligne collatérale « si le défunt laissait des frères ou sœurs et des neveux ou nièces, » et la rejetait, par conséquent, si les neveux ou nièces succédaient seuls en égal degré (Fenet, t. XII, p. 17). Mais aujourd'hui les art. 740-742 confirment le partage par souche pour les descendants des fils ou filles, et l'établissent pour les descendants des frères ou sœurs lorsqu'ils viennent seuls en égal degré. De plus, l'art. 743 déclare que : « Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche... » Dans tous les cas... que les représentants se trouvent, entre eux, à des degrés inégaux, ou même égaux. Dans ce dernier cas, la représentation encore est utile, car si les enfants nés d'enfants prédécédés n'ont pas à craindre, en effet, d'être exclus par des parents plus proches, le partage par tête eût pu produire un résultat inique. Si de deux enfants prédécédés, par exemple, l'un a laissé quatre descendants, et l'autre deux seulement, ceux-ci n'auraient que le tiers de la succession, et les autres les deux tiers, tandis que leur père en eussent recueilli chacun la moitié. Or, la loi a trouvé juste de maintenir entre les descendants respectifs des enfants au premier degré l'égalité qui devait régner parmi ceux-ci; ainsi, dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche (art. 743), c'est-à-dire que l'on fait autant de parts qu'il y a d'enfants ou de frères

Digitized by Google

ou sœurs vivants, et d'enfants ou de frères ou sœurs prédécédés représentés par leurs enfants ou descendants.

Si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent entre eux par tête.

Mais si dans tous les cas où la représentation est admise le partage s'opère par souche, il ne s'opère ainsi que dans ces seuls cas. Nous avons vu qu'il y avait autrefois deux sortes de représentation; l'une à l'effet de succéder, l'autre à l'effet de partager pour introduire le partage par souche dans les cas où la représentation n'était pas admise pour atténuer les effets de la règle qui ne permettait pas de représenter les personnes vivantes.

Le Code s'en est tenu à la maxime la plus généralement suivie autrefois que la représentation n'a pas lieu d'une personne vivante, et il l'applique même d'une façon plus absolue, puisqu'il n'a pas admis la représentation à l'effet de partager. On ne vient jamais, dit l'article 787, par représentation d'un héritier qui a renoncé; si le renonçant est le seul héritier de son degré, ou si tous ses cohéritiers renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête.

On dit généralement pour justifier cette règle que par la représentation l'héritier vient occuper le degré du représenté, qu'il faut donc que ce degré soit vacant et qu'il ne l'est pas quand l'héritier est vivant, eût-il renoncé; c'est oublier qu'aux termes de l'art. 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; sa place étant libre, rien n'eût fait obstacle à ce qu'un autre vînt l'occuper par la représentation.

Digitized by Google

Peut-être faut-il en voir la raison dans cette règle que le représentant exerce les droits du représenté, qu'il faut par conséquent supposer que le représenté ne les a pas exercés, mais que les ayant exercés par sa renonciation nul ne peut venir désormais l'exercer de son chef.

Du reste, ainsi que l'a dit Chabot de l'Allier dans son rapport au Tribunat, il y aurait beaucoup d'inconvénients à permettre qu'un homme fît passer à ses enfants une succession qui lui serait échue sans avoir pris lui-même le titre d'héritier : il trouverait ainsi le moyen de frustrer ses créanciers, et l'on verrait souvent en cette matière des fidéicommis frauduleux; sans doute ses créanciers en invoquant les articles 788 et 1167, pourraient attaquer la renonciation faite à leur préjudice et la faire révoquer, mais toute poursuite judiciaire entraîne avec elle de si grands inconvénients que l'on doit s'efforcer de les prévenir, en diminuant autant que possible le nombre des événements qui peuvent leur donner naissance.

Obligation du rapport.

C'est la doctrine de notre ancien droit que dans son art. 848 notre Code a consacrée. Si le fils vient par représentation « il doit rapporter ce qui avait été donné à son père même dans le cas où il aurait répudié sa succession. » Cette obligation, en effet, dérive de ce que le représentant ne doit avoir dans la succession que ce que le représenté aurait eu lui-même (art. 739). Or, si le représenté était venu à la succession, ses cohéritiers auraient eu le droit de lui faire rapporter ce qu'ils avaient reçu en avancement d'hoirie; c'est un droit acquis pour eux, qu'un changement de personne, une substitution du représen-

Digitized by Google

tant au représenté ne peut pas leur enlever. On objecterait en vain que le fils n'est pas donataire, et que si on supposait qu'il ait répudié la succession de son père, il n'aurait même pas profité indirectement du don qui lui aurait été fait; que l'obligation du rapport est conditionnelle, que le donataire ne doit rapporter que s'il succède au donateur, mais que son prédécès fait défaillir la condition, et par conséquent on ne peut exiger de son fils le rapport de la donation qui lui a été faite; car l'art. 739 en déclarant que la représentation est une fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté, montre bien que la pensée du législateur est justement d'empêcher que le prédécès du représenté ne change la transmission héréditaire de la famille. Lorsque le représenté n'a laissé qu'un enfant ou si en ayant laissé plusieurs tous prennent le même parti, l'application de l'article ne soulèvera aucune difficulté, mais c'est dans le cas où les uns accepteraient et les autres renonceraient que la question pourrait se compliquer. Primus a deux enfants Secundus et Tertia, il a donné entre-vifs 100,000 fr. à Tertia sa fille qui est décédée avant lui en laissant deux enfants Quartus et Quintus : puis Primus meurt. Secundus accepte la succession, mais des deux petits-fils l'un Quartus accepte et l'autre renonce. Deux questions s'élèvent : Le rapport sera-t-il dû par le petit-fils acceptant la succession du donateur de tout ce que le donataire a reçu? Et par qui ce rapport sera-t-il dû? Cette question s'est présentée à la Cour de Caen qui a décidé le 10 décembre 1867 et Cour de cassation, 15 juin 1870, que le rapport était dû non-seulement par le représentant qui accepte, mais même par celui qui renonce. Que le repré-

Digitized by Google

sentant qui accepte soit soumis intégralement au rapport, rien de plus naturel; car qu'importe à Secundus que des deux enfants laissés par sa sœur un seul accepte la succession de son aïeul. Si sa sœur n'avait laissé qu'un enfant, il eût été tenu du rapport intégral de la donation faite à sa mère; mais décider que l'héritier qui renonce doit aussi le rapport, n'est-ce pas violer l'art. 785 qui dit : « Que l'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier. » Celui qui accepte est devenu, par la renonciation de son cohéritier, le seul représentant appelé à la succession; de même qu'il va profiter des droits que lui abandonne le renonçant, de même doit-il aussi être tenu des charges qui auraient grevé ce dernier (Observation de M. Labbé, sur l'arrêt de la Cour de cass. du 15 juin 1870; Demolombe, t. IV, n° 196, *Des success.*).

Mais le représentant doit-il rapporter le don qui lui a été fait par le *de cujus?* L'article 848 ne s'explique pas sur cette question qui est fort controversée. Dans un premier système, on dit que le représentant ne doit pas le rapport. Voici quelles sont les raisons sur lesquelles ce système s'appuie. La représentation est une fiction de la loi, par suite de laquelle le représentant vient exercer les mêmes droits que le représenté aurait eus; or (art. 847), le don fait au fils du représenté est toujours réputé fait avec dispense du rapport. « Le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de les rapporter, » le représentant ne doit donc pas davantage ce rapport. De plus, dit-on encore, de ces deux personnes le représentant et le représenté, l'une des deux seule est héritière et d'après l'article 739, c'est bien le représenté, et alors, s'il doit rapporter ce qui a été donné ou représenté, il ne saurait être tenu de rapporter

Digitized by Google

ce qui lui a été donné à lui-même; or, si le représenté seul est héritier, en soumettant le représentant au rapport des biens qu'il a reçus du *de cujus*, on va violer la règle que le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857).

Si le représenté n'était pas prédécédé ses cohéritiers n'auraient pas été autorisés à demander le rapport des libéralités faites par le *de cujus* au représentant, aussi exiger de lui le rapport, serait admettre une règle contraire au principe que le prédécès d'un fils ou d'un frère ne doit ni profiter, ni nuire aux fils ou autres frères du défunt, lorsque ces personnes ont laissé des enfants. Que si l'on veut admettre que le représentant succède *proprio nomine*, qu'il doive, par conséquent, rapporter ce qui lui a été donné lui-même, il ne saurait être tenu de rapporter ce qui a été donné au représentant. On se trouve acculé contre deux alternatives entre lesquelles il faut opter, mais on ne peut pas admettre que le représentant succède à la fois de son propre chef et du chef d'un autre (Marcadé, t. II, sur l'art. 848).

Cependant l'affirmative n'est guère douteuse, car la fiction de la représentation n'empêche pas le représentant d'être héritier et la preuve nous la trouvons dans les conditions requises pour qu'il y ait lieu à la représentation. Nous avons vu, en effet, que pour succéder par représentation il fallait remplir les conditions nécessaires pour pouvoir succéder de son chef; or, si le représentant est héritier il doit être soumis au rapport, car tout héritier qui est en même temps donataire doit rapporter les dons qu'il a reçus du *de cujus;* peu importe en quelle qualité il succède, l'article 843 ne fait aucune distinction : « Tout héritier venant à une succession doit rapporter

Digitized by Google

« à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par « donation entre-vifs. » Si l'on nous objecte que l'article 848 ne l'oblige pas à faire ce rapport, nous répondrons que l'article 843 suffisait pour consacrer cette obligation. Quel est l'esprit du Code? c'est que l'on doit rechercher avant tout non pas à qui a profité, mais à qui le don a été fait, et que celui qui est donataire en même temps qu'héritier doit le rapport. Si pour soumettre le fils qui vient par représentation à rapporter les dons qui ont été faits à son père, il fallait un texte spécial, c'est que l'on eût pu se demander si le fils qui n'était pas donataire devait le rapport, la question eût pu être douteuse; mais si même dans ce cas le rapport est dû, à plus forte raison dans celui où le fils cumule dans sa personne ces deux qualités d'héritier et de donataire.

On oppose que ce système va entraîner des conséquences fâcheuses, qu'il est inique, car le représentant va être soumis à plusieurs rapports, et il est illogique, car le représentant ne peut pas succéder tout à la fois de son chef et du chef du représenté. Sans doute, le prédécès de son père va profiter aux oncles du petit-fils, qui, si leur frère avait survécu, n'auraient pas pu exiger le rapport des dons faits à son enfant, doit-on faire plier la loi devant une telle considération, d'autant plus que si, sans doute, le représentant perd l'avantage aléatoire que son grand-père lui avait fait, c'est au profit de l'égalité qui va s'établir entre lui et ses cohéritiers. Ne serait-il pas plus injuste, au contraire, de dispenser du rapport le représentant lorsque ses oncles y restent soumis. On accuse encore ce système d'être illogique, mais la loi, en admettant la représentation, a bien pu réglementer cette fiction comme elle l'a cru le plus convenable (Duranton,

Digitized by Google

t. VII, n° 230; Demante, t. III, n° 184 *bis;* Demol., t. IV, n° 200).

On peut rapprocher de cette question, la question suivante : le fils qui vient par représentation, doit-il rapporter les donations qui auraient été faites aux ascendants des degrés intermédiaires qu'il pourrait avoir à franchir pour arriver à la succession du donateur par représentation. Voici l'espèce : Primus, bisaïeul de Quartus, a fait une donation à Secundus et une autre à Tertius, grand-père et père du représentant : Secundus et Tertius sont morts. Quartus venant à la succession de Primus par représentation, devra-t-il rapporter les dons faits à Tertius, son père? Non, dit Marcadé (art. 848), car le fils ne représente pas son père. Quartus en réalité, pour venir à la succession de Primus, ne représente que Secundus, son aïeul, il ne fait que traverser le degré de son père, sans s'y arrêter. S'il est obligé de monter ce degré, c'est pour arriver au degré de son aïeul et pour exercer les droits héréditaires que celui-ci aurait eus dans la succession, mais quant à son père, il n'a jamais eu de droits héréditaires (Roustaing, t. II, n° 704). Admettre cette théorie n'est-ce pas oublier que si le représentant peut monter les degrés intermédiaires qu'il a à affranchir pour arriver au *de cujus,* il faut qu'il les monte régulièrement et qu'il ne peut pas procéder *per saltum omisso medio.* Pour occuper le degré de son aïeul, le petit-fils doit d'abord occuper le degré de son père. Comment expliquerait-on l'article 743 : « Dans « tous les cas où la représentation est admise, le par- « tage s'opère par souche : si une souche a produit plu- « sieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche « dans chaque branche et les membres de la même bran-

Digitized by Google

« che partagent entre eux par tête. » Si l'on refusait d'admettre que c'est par la représentation non pas de la souche qui a produit les branches, mais des chefs de chaque branche, que les membres de chaque branche viennent à la succession. Or, comme le dit M. Demolombe, « n'est-ce pas nécessairement reconnaître que le « descendant éloigné ne peut venir à la succession, en « cas de prédécès de ses auteurs des degrés intermé- « diaires, qu'en représentant également les uns et les « autres? » Aussi bien que l'article 848 ne prévoit pas ce cas, il faut y appliquer cependant sa disposition en l'étendant à tous ceux par représentation desquels le représentant vient à la succession (Dal., *Rec. alp. succ.*, n° 1048; Demol., t. IV, n° 200, *Des succ.*).

Mais faut-il dire que les petits-enfants, qui ne viennent à la succession de leur aïeul que par représentation de leur père décédé, sont tenus, alors même qu'ils ont répudié la succession de ce dernier, de rapporter non-seulement les dons faits à leur père, mais encore les sommes par lui dues à la succession de l'aïeul. Bien que l'article 848 soit muet sur cette question, il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement; car, si le représentant est mis aux lieu et place du représenté, c'est pour avoir les mêmes droits et aussi les mêmes obligations que le représenté aurait eus. Le représenté aurait été tenu de rapporter les sommes qui lui ont été prêtées; cette obligation doit donc grever aussi le représentant. Telle était l'ancienne doctrine (Pothier, *Des success.*, chap. IV, art. 2, § 4), et tel est encore le droit qu'appliquent nos tribunaux (Grenoble, 27 décembre 1832; Paris, 27 juillet 1850; Poitiers, 26 juin 1856; Duranton, t. VII, n° 230; Demol., t. IV, n° 200, *Des success.*).

Digitized by Google

Mais le principe suivant lequel celui qui ne vient à une succession que par représentation de son père prédécédé doit le rapport de ce qu'avait reçu celui-ci pour l'acquittement de ses dettes, ne régit que les dettes acquittées à son profit de son vivant. Ainsi, dans cette espèce que rapporte Lebrun : « Un fils étant prédécédé, « le père s'est obligé envers les créanciers, croyant faire « plaisir à ses petits-enfants, et à la charge qu'ils rap- « porteraient à sa succession; dans la suite, il a payé; « et les affaires de la succession du fils n'ayant pu être « débrouillées, les petits-fils ont renoncé à la succession « de leur père; ensuite l'aïeul étant décédé, ils se sont « portés ses héritiers, et ont prétendu se dispenser du « rapport, parce que l'aïeul n'avait pas prêté à son fils « vivant, mais à sa succession » (liv. III, chap. VI, sect. 2, n° 47). Et Lebrun enseignait que les petits-fils devaient le rapport, parce que si l'aïeul a hasardé ces avances, c'est somme toute dans leur intérêt. La même espèce s'est présentée en 1859 devant nos tribunaux, et la Cour de cassation, faisant la distinction qui se présentait entre le cas prévu par Lebrun où l'aïeul avait imposé à ses petits-enfants l'obligation de rapporter à la succession les sommes par lui payées et celui qu'elle avait à juger où il n'était pas fait mention de cette obligation, décida que les sommes pour lesquelles l'aïeul, après le décès de son fils, s'est rendu caution de sa succession, ne doivent pas être déduites, par voie de rapport en moins prenant, de la part héréditaire des petits-fils représentant leur père, lorsqu'ils ont renoncé à sa succession ou tout au moins ne l'ont acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Ces sommes prêtées restent à la charge de la succession de l'aïeul (Cass., 5 janvier 1859). Mais il en serait autrement si,

Digitized by Google

par une stipulation émanée du *de cujus*, l'héritier représentant avait été soumis expressément à l'obligation de subir cette imputation; l'arrêt de la Cour de cassation se comprend parfaitement, car, d'après l'article 848, le fils, qui vient par représentation, n'est tenu de rapporter que ce qui a été donné ou prêté à son père; car il ne doit rapporter que ce qui aurait dû l'être par son père; or, le prêt a été fait plutôt à la succession qu'à leur père qui était prédécédé (Thabot, art. 848, n° 5; Demol., *Success.*, t. IV, n° 201 *bis*).

Nous venons de voir que les représentants n'ont jamais plus de droits que les représentés. Si nous nous demandions, pour terminer, s'il peut se présenter telles circonstances où il arrivera qu'ils en aient moins, nous répondrions négativement. L'article 742, en effet, admet la représentation en faveur des enfants et descendants des frères et sœurs du défunt, sans établir aucune distinction entre eux, sans exclure les descendants des frères et sœurs utérins ou consanguins. C'est une application de l'article 733 aux termes duquel les parents utérins ou consanguins ne sont plus exclus par les germains : seulement ils ne prennent part que dans leur ligne, alors que les germains prennent part dans les deux lignes. Le privilège du double lien qui existait dans l'ancien droit n'ayant pas été reproduit dans notre Code, l'article 745 ayant supprimé le droit d'aînesse et la loi du 7 mai 1849 les majorats, on peut dire aujourd'hui, d'une façon plus absolue, que les représentants ont les mêmes droits que les représentés.

Digitized by Google

Digitized by Google

POSITIONS.

A. — POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. — L'expression d'*heres suus* et son origine dans l'idée de copropriété de famille et non dans l'idée de puissance, p. 9.

II. — Le *bonorum possessor* est propriétaire bonitaire et non pas simple possesseur, p. 70.

III. — La *bonorum possessio contra tabulas* a été de bonne heure accordée *cum re*, p. 68.

IV. — L'interdit *quorum bonorum* et la *petitio hereditatis possessoria* ne font pas double emploi, il y a entre eux la même différence entre le possessoire et le pétitoire, p. 76.

DROIT CIVIL.

I. — Avant la rédaction officielle des coutumes, la représentation n'étant pas réglementée était d'une application incertaine et arbitraire, p. 116.

II. — Les enfants peuvent succéder par représentation de leur père prédécédé lors même qu'en le supposant survivant, il se fût trouvé dans un des cas d'indignité, p. 175.

III. — Les enfants légitimes d'un fils adoptif peuvent le représenter dans la succession de l'adoptant, p. 182.

Digitized by Google

IV. — Les représentants doivent rapporter le don qui leur a été fait par le *de cujus* en plus du don qui a été fait au représenté, p. 201.

B. — POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. — Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait *capitis deminutio*, qu'il y ait tout à la fois changement de famille et amoindrissement de la capacité antérieure.

II. — Sous Justinien, la compensation n'a pas lieu de plein droit; elle est restée judiciaire.

III. — Dans les actions de droit strict, la compensation peut amener une diminution de la condamnation.

IV. — Sous Justinien, il existe un véritable contrat *litteris* consistant dans la *cautio* énonçant la dette d'une somme qui n'aurait pas été effectivement versée.

DROIT CIVIL.

I. — L'enfant renonçant ne doit pas compter pour le calcul de la quotité disponible.

II. — Pour le calcul de la quotité disponible, il n'y a pas lieu de tenir compte des valeurs données à un insolvable.

III. — L'art. 883 ne s'applique pas aux créances héréditaires.

IV. — La nullité de la donation faite en faveur d'une femme mariée non autorisée peut être invoquée par le donateur ou ses ayants-cause aussi bien que par la femme et le mari.

Digitized by Google

DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. — Le Congrès ne peut réviser la constitution que sur les points précédemment déterminés par les deux Chambres.

II. — Le Sénat a le droit de rétablir des crédits supprimés par la Chambre des députés.

DROIT COUTUMIER.

III. — L'enfant a droit à sa légitime comme héritier et non comme enfant.

DROIT INTERNATIONAL.

IV. — Une femme étrangère ne peut invoquer sur les biens de son mari situés en France le bénéfice d'une hypothèque légale, si sa loi nationale ne lui reconnaît pas cette garantie.

Vu par le Président de la thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu par le doyen :

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE LA BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.

Pages.

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE.

DES CAUSES DE *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

CHAPITRE I. — Loi des XII Tables 7

CHAPITRE II. — Exhérédation civile 13

Section 1. Personnes qui devaient être exhérédées 13

Section 2. Formes de l'exhérédation 18

Section 3. Sanction de l'exhérédation 21

CHAPITRE III. — Exhérédation prétorienne 24

Section 1. Des personnes que le préteur ordonne d'instituer ou d'exhéréder 25

Édit *de conjungendis* 30

Section 2. Des formes de l'exhérédation prétorienne 33

Section 3. Sanction de l'exhérédation prétorienne 37

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS.*

CHAPITRE I. — Dans quelles hypothèses le préteur accorde la *bonorum possessio contra tabulas* 39

CHAPITRE II. — Dans quelles formes est demandée la *bonorum possessio contra tabulas* 48

Digitized by Google

Pages.

CHAPITRE III. — Des effets de la *bonorum possessio contra tabulas* 55

CHAPITRE IV. — De l'interdit *quorum bonorum* accordé au *bonorum possessor contra tabulas* 67

Interdit *quorum bonorum* 73

Innovation de Justinien 82

APPENDICE 86

DROIT FRANÇAIS.

DE LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE.

INTRODUCTION 91

Droit romain 95

Ancien droit français 103

Pays de droit écrit 103

Pays de droit coutumier 110

Lois barbares 111

Droit coutumier avant la rédaction officielle des coutumes 116

Droit coutumier depuis la rédaction des coutumes 130

Des conditions de la représentation dans les pays de droit coutumier 133

Section 1. Conditions générales 133

Section 2. Des conditions spéciales à la représentation 135

Coutume de Paris 146

La représentation était-elle admise? 147

Effets de la représentation 152

Partage par souche 153

Obligation du rapport 153

Droit d'aînesse 155

Privilège de masculinité 156

Diversité des coutumes 158

Droit intermédiaire 166

Code civil 168

Digitized by Google

Pages.
En faveur de quels héritiers la représentation est-elle admise ?. 180
Descendants 181
Enfants adoptifs 181
Enfants naturels 185
Ascendants 189
Collatéraux 190
Effets de la représentation 195
Partage par souche 196
Obligation du rapport 199

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

6

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

DROITS DE SUCCESSION

DE

L'ÉPOUX SURVIVANT

EN

DROIT ROMAIN

ET EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ADOLPHE DUPORT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

1886

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Digitized by Google

Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin (A. Duroy, Dr).

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

DROITS DE SUCCESSION

DE

L'ÉPOUX SURVIVANT

EN

DROIT ROMAIN

ET EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le lundi 13 décembre 1886 à midi

PAR

ADOLPHE DUPORT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. DEMANTE.

Suffragants : MM. DUCROCQ, CAUWÈS — *Professeurs.*
CHAVEGRIN — *Agrégé.*

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1886

Digitized by Google

JUN 27 1921

Digitized by Google

INTRODUCTION

La plupart des commentateurs du Code civil ont signalé comme une des plus graves imperfections qu'il contient le rang éloigné dans lequel l'époux survivant est appelé à la succession de son conjoint prédécédé.

C'est cette imperfection que nous nous sommes proposé d'étudier. Il nous a paru intéressant, au moment où cette question va être discutée devant la Chambre des Députés (1), *de rechercher comment elle était résolue en Droit romain et dans notre ancien Droit français, et de constater ensuite que les rédacteurs du Code n'ont pas su, à cet égard, s'inspirer des sages leçons du passé.*

Notre travail n'aurait pas été complet, si nous n'avions examiné, dans chacune de ces législations, les

(1) Le rapport fait par M. Piou au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi due à l'initiative de M. Delsol, adoptée par le Sénat le 9 mars 1877 et ayant pour objet de modifier les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé, a été, en effet, déposé le 20 mars 1886 sur le bureau de la Chambre des Députés et doit venir incessamment en discussion.

Digitized by Google

différents gains de survie, au moyen desquels la loi ou la convention permettent aux époux de remédier aux inégalités de fortune, que le sort a créées entre eux.

Nous avons donc divisé notre étude en trois parties, dans lesquelles nous avons successivement passé en revue ces différentes matières en Droit romain, dans notre ancien Droit français et dans notre Droit actuel.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

PRÉLIMINAIRES

Les droits successoraux *ab intestat* entre époux ont suivi à Rome des règles différentes selon que l'on se place dans l'ancien droit, dans le droit prétorien ou dans celui du Bas-Empire. Les théories différentes qui se sont produites à ces trois époques nous amènent à diviser notre sujet en trois chapitres dans lesquels nous parlerons successivement des droits successoraux entre époux pendant chacune de ces périodes.

Mais comme la seule étude des droits de succession *ab intestat* entre époux ne nous donnerait qu'une idée incomplète des rapports pécuniaires que créait le mariage entre les époux en droit romain, nous étudierons

Digitized by Google

dans un quatrième chapitre les gains de survie qui pouvaient naître de la dot et des libéralités entre-vifs ou testamentaires entre époux.

Notre cinquième chapitre résumera brièvement l'ensemble de la législation romaine sur le point qui nous occupe.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS DE SUCCESSION DU CONJOINT SURVIVANT SOUS L'EMPIRE DU DROIT CIVIL

Section I. — Condition juridique des époux dans les premiers siècles de Rome.

Les droits de succession du conjoint survivant pendant les premiers siècles de Rome sont si différents, selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre des époux, et selon que le mariage a été accompagné ou non de la *conventio in manum mariti*, c'est-à-dire selon que la femme est entrée ou non dans la famille de son mari, qu'il est indispensable, pour l'étude de ces droits successoraux, de jeter un rapide coup d'œil sur la constitution de la famille à cette époque, et sur les rapports que le mariage créait entre les époux.

§ I. — *De la famille romaine.*

La société romaine à son début était fondée sur la constitution patriarcale de la famille, dont le chef jouissait d'une autorité suprême et sacrée. A la fois prêtre, administrateur et juge, le *paterfamilias* réunit sous sa puissance femme, enfants, esclaves, et a sur eux

Digitized by Google

l'autorité la plus absolue. En même temps qu'il préside au culte domestique, il acquiert pour lui-même tout ce que peuvent acquérir ceux qui sont sous sa puissance, et dispose même de leur personne physique. Autorité despotique sans doute, mais qui eut pour effet, tant qu'elle demeura forte, d'assurer dans cette société aristocratique, la conservation des idées religieuses par l'unité de culte privé, la conservation des fortunes par l'unité de patrimoine, la conservation des mœurs et des traditions nationales par la souveraineté d'une seule volonté !

Une grande distinction apparaît donc tout d'abord dans la condition de chacun des époux. Le mari, s'il est *sui juris*, pourra devenir chef de famille et avoir sous son autorité tous ceux qui y auront été placés par la loi ; la femme bien que *sui juris*, ne pourra jamais obtenir ce rôle prépondérant réservé aux mâles seuls.

Cette différence s'accentue quand on examine la situation faite à la femme. *Alieni juris*, elle est sous la puissance de son père ou de son époux ; *sui juris*, elle demeure soumise perpétuellement à la tutelle de ses agnats, ou de son patron, s'il s'agit d'une affranchie.

Ainsi donc, lorsque la puissance paternelle disparaîtra, le mari deviendra indépendant, pourvu qu'il soit pubère. La femme, quel que soit son âge, n'aura jamais d'indépendance complète, qu'elle soit sous la puissance de son mari, ou qu'elle soit soumise à la tutelle de ses agnats ou de son patron.

Digitized by Google

Examinons maintenant la situation qui lui était faite par le mariage.

§ II. — *Du mariage et de la conventio in manum mariti.*

Les Romains avaient du mariage une conception trop élevée pour jamais admettre la polygamie. Toutes les définitions en effet, que nous en donnent les auteurs anciens, nous le montrent comme une union constituée sur le pied d'une parfaite égalité (1), et l'histoire nous apprend que tous les peuples, qui ont considéré la femme comme l'égale de l'homme, l'ont toujours assez respectée, pour repousser la polygamie, qui est évidemment de nature à abaisser la dignité de la femme.

Mais la constitution même de la famille, qui devait réunir tous les membres la composant sous l'autorité d'un seul, les obligea cependant à soumettre la femme à la puissance de son mari, lorsque son père, ses tuteurs ou son patron consentaient à l'abandon des droits qu'ils avaient sur elle, en la donnant *in manum* au mari. Par l'effet de cette *conventio in manum mariti* la femme subissait une *minima capitis deminutio*, qui brisait la puissance de son père et la soumettait à celle du mari.

(1) Inst., I, IX, *De patria potestate* § 1 : « *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* » Modestin, fr., 1, D., XXIII, 2, *De ritu nuptiarum* : « *Nuptiæ sunt conjuctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ : divini et humani juris communicatio.* » — Denys d'Hal, II, 25 : « Κοινωνία ἁπάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. » — Tite-Live, 1, 9 : « *Societas fortunarum omnium civitatisque.* »

Digitized by Google

Le mariage produisait donc des effets bien différents, selon qu'il était ou non accompagné de la *manus*. N'y avait-il pas eu de *conventio in manum mariti*, le mari avait bien sa puissance maritale, qu'il exerçait sur la personne de sa femme, mais qui ne lui donnait aucun droit sur ses biens. Le père, les tuteurs, ou le patron, avaient-ils au contraire consenti à la *manus*, leurs pouvoirs et leurs droits sur les biens de la femme cessaient et passaient au mari.

La *manus*, à l'origine, fut imaginée pour augmenter les pouvoirs du mari sur son épouse. Elle se détourna dans la suite de ce but pour permettre à la femme de tester, d'échapper à la gêne des *sacra*, ou de changer à son gré de tuteurs. Je veux parler de la *manus* établie *fiduciæ causa*, dont je n'ai pas à m'occuper ici.

Il est probable que le mariage, qui n'était généralement point chez les Romains soumis à des solennités de forme, fut toujours à l'origine accompagné de la *conventio in manum mariti*, car on retrouve dans la législation primitive des peuples congénères les mêmes formes pour le mariage que celles qui constituaient la *manus*. Cette *manus* s'établissait en effet de trois façons différentes, que nous font connaître dans leurs détails les commentaires de Gaïus (1). Ces modes sont la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*, et, selon certains auteurs « les cérémonies de la *confarreatio* sont réflétées exactement dans le mariage Hindou ; » (2) celles de la *coemptio*,

(1) Gaïus, I, § 111, 112 et 113.

(2) *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien Droit romain*, par M. A. Esmein.

Digitized by Google

« dans le mariage germain, chez les Hindous et beaucoup d'autres peuples primitifs » (1), « l'*usus* enfin se retrouverait dans les anciennes lois du Danemarck » (2).

§ III. — *Effets de la conventio in manum mariti sur la condition respective des époux.*

A. — Mariage avec *manus*.

Nous avons vu l'effet radical qu'opérait le mariage dans la condition de la femme lorsqu'il y avait eu *conventio in manum mariti :* « *In familiam viri transibat*, nous dit Gaïus, FILLIÆQUE LOCUM OBTINEBAT » (3). La femme sortait de sa famille pour entrer dans celle de son mari ; ses biens s'absorbaient dans le patrimoine de ce dernier (4) ; elle devenait *heres sua* de son mari (5) ; lui empruntait tous ses liens d'agnation, et, par suite, était considérée civilement comme la petite-fille du père de son mari, la sœur de ses propres enfants, etc. De là entre elle et ces personnes des droits de succession réciproques, que le droit civil n'admettait pas en dehors de la *manus* (6). De là encore cettte conséquence que, devenue *sui juris* par le veuvage, elle se trouvait placée sous la tutelle des plus proches agnats de son mari, de ses enfants peut-être.

(1) M. Esmein, *loc., cit.*

(2) *Les Anciennes lois du Danemark*, par M. Dareste. *Journal des savants*, février 1881.

(3) *Comment.*, I, § 113.

(4) Gaïus, *Comment.*, III, § 83.

(5) Gaïus, *Comment.*, II, § 139 et 159.

(6) Gaïus, *Comment.*, III, § 14.

Digitized by Google

Le mari, investi de la *manus*, devenait comme le chef d'une communauté universelle, mais avec des pouvoirs bien autrement étendus que ceux que le mari commun en biens peut avoir dans notre droit français. Il était considéré par le droit romain comme le propriétaire de tous les biens de sa femme, et jouissait à ce titre des droits de disposition les plus étendus ; il pouvait faire de la fortune de sa femme ce que bon lui semblait, en disposer à titre gratuit ou onéreux, sans que jamais celle-ci eût à lui demander un compte quelconque. Il est vrai que cette absorption de la fortune de la femme dans celle du mari trouvait une compensation dans les droits de succession qui résultaient pour la femme de la *manus*, puisque, si elle survivait à son mari, elle venait à sa succession comme ses propres enfants, et y prenait une part que nous déterminerons plus loin.

B. — Du mariage sans *manus*.

S'il est probable qu'à l'origine les *justæ nuptiæ* furent toujours accompagnées de la *conventio in manum mariti*, il est certain qu'elles ne tardèrent point à s'accomplir sans cette *capitis deminutio*. Les deux formes de mariages coexistèrent longtemps, jusqu'à l'époque où la *manus* tomba complètement en désuétude.

Cette désuétude fut due à plusieurs causes.

Nous savons que les femmes *sui juris* étaient soumises à la tutelle perpétuelle de leurs agnats ou de leurs patrons. Nous savons aussi que le consentement de ces derniers était nécessaire pour la célébration du

Digitized by Google

mariage de leurs pupilles. Or, le mariage devant entraîner pour eux la perte de leur pouvoir sur la fortune des femmes soumises à leur tutelle, on comprend aisément qu'ils hésitassent souvent à donner leur consentement au mariage. Ce n'était pas seulement leur autorité qu'ils perdaient en accordant leur consentement au mariage de leurs pupilles, c'étaient aussi et surtout les droits de succession que créait pour eux leur qualité d'agnats. Ils cachaient leur égoïsme sous des formules solennelles ; ils s'intitulaient les gardiens sacrés des intérêts de la famille, et prétendaient considérer comme un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât en des mains étrangères. De là des refus répétés qui obligeaient au célibat et à la stérilité des femmes devenues *sui juris*. Aussi pour concilier ces intérêts opposés, celui des femmes et celui de leurs tuteurs, celui de la famille et celui de l'État, songea-t-on à séparer deux choses étroitement unies jusqu'alors : la puissance sur la personne et la puissance sur les biens. Ce fut là une des premières causes d'abandon de la *manus*.

Cette tutelle des agnats avait pour effet certain de conserver les biens dans la famille et de développer considérablement la fortune des femmes. Leur sexe et la protection dont elles étaient entourées les empêchaient de dissiper leur patrimoine, comme le faisaient trop fréquemment les citoyens romains adultes devenus *sui juris*. Ces derniers, souvent réduits à la pauvreté par les folles prodigalités dont les auteurs anciens nous ont retracé le tableau, cherchaient la reconstitution de

Digitized by Google

leur patrimoine dans des mariages qui leur promettaient une existence de luxe et de paresse, et ils n'hésitaient pas, pour contracter ces alliances, à faire abandon de leur autorité, en renonçant à la *manus*. Les femmes de leur côté étaient heureuses de contracter des unions qui leur laissaient une grande indépendance. Plaute (1), Martial (2), Horace (3) et bien d'autres flagellent de leurs satires ces maris qui ont accepté de belles dots, à la condition de renoncer à la plus grande partie de leurs pouvoirs, et nous apportent de cette façon la preuve de ce que nous venons d'avancer.

Enfin le relâchement des mœurs, la désorganisation de la famille, la ruine de cette autorité du *paterfamilias*, qui avait rendu puissante et prospère la Rome des premiers siècles, contribuèrent à l'abandon de la *manus*.

Quand il n'y avait pas eu de *conventio in manum mariti* la femme *alieni juris* demeurait sous la puissance paternelle. *Sui juris* ses tuteurs conservaient sur elle tous leurs droits. Son patrimoine restait sous leur

(1) *Asinaria*, act. I, sc. I, v. 72 :

« *Argentum accepi, dote imperium vendidi.* »

Aulularia, IV, 5, 60 :

« *Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri ;*
Dotatæ mactant et malo et damno viros. »

(2) Martial, VIII, 12 :

« *Uxorem quare locupletem ducere nolim*
Quæritis ? — Uxore nubere volo meæ. »

(3) Odes, III, 24, 17 :

« *Hic matre carentibus,*
Privignis mulier temperat innocens,
Nec dotata regit virum
Conjux, nec nitido fidit adultero. »

Digitized by Google

garde, elle n'en pouvait disposer, soit pour se constituer une dot, soit autrement, qu'avec leur permission.

D'un côté donc la puissance du père ou des tuteurs, de l'autre celle du mari. Concours bizarre et qui aurait amené de perpétuels conflits, s'il n'y avait eu entre elles un pouvoir modérateur, celui du tribunal domestique, dont nous ne connaissons avec précision ni la composition, ni la compétence, ni la procédure, mais qui devait avoir pour principale mission d'apaiser les différends que devaient susciter la coexistence de ces pouvoirs exclusifs et contradictoires (1).

La situation de la femme est plus indépendante avec le mariage sans *manus*. Le mari, si elle est *sui juris*, reste soumis à tous ses caprices, puisqu'elle peut divorcer impunément et sans motifs. Si elle est *alieni juris*, ce sont les caprices du père, qui a le droit

(1) L'existence de ce tribunal domestique nous est révélée par M. Gide dans son ouvrage sur la *Condition privée de la femme :* « Il complète, nous dit-il, l'organisation patriarcale de l'ancienne famille romaine. C'est grâce à ce tribunal que la famille réunissant dans son sein et l'autorité qui exécute et celle qui délibère, peut se gouverner par elle-même, et former au sien de l'État, comme une République indépendante. Les juristes modernes ont cherché parfois à déterminer avec précision la composition, la compétence, la procédure du tribunal de famille ; leurs recherches sont restées et devaient rester infructueuses. Cette juridiction, en effet, n'a rien de commun avec les magistratures publiques ; elle n'est point réglée par les lois, mais par les mœurs. Sorte de censure domestique, son autorité est toute morale, et son organisation, variable et incertaine, ne dépend que des usages et n'a jamais fait l'objet d'un règlement légal Aussi ce tribunal se compose-t-il, non pas de la famille légale, les agnats, mais de la famille naturelle, c'est-à-dire des cognats, des proches et parfois même des amis. Sa compétence, comme sa composition, échappe à toute règle précise ; il intervient dans tous les événements importants de la famille.... » A l'appui de son opinion, M. Gide cite : Denys d'Halicarnasse, Valère-Maxime, Tite-Live, Suétone, Tacite, Aulu-Gelle, Plaute, etc....

Digitized by Google

de revendiquer sa fille à son gré, que le mari doit supporter.

Mais en échange de l'indépendance qu'elle obtient, la femme qui n'entre pas dans la famille du mari, n'est rattachée à lui par aucun lien, au point de vue des intérêts pécuniaires, et ne vient plus prendre une part de sa succession, comme elle le faisait, lorsque la *conventio in manum mariti* l'avait fait considérer comme la fille de celui-ci. Sa situation est la même, lorsque le mari vient à l'affranchir de la *manus* ou que les époux divorcent.

Pour détruire les liens créés par la *manus*, il fallait recourir à une solennité religieuse appelée *diffarreatio* si la *manus* avait été établie par *confarreatio*, à une *mancipatio* suivie d'affranchissement si la *manus* résultait de la *coemptio* ou de l'*usus*.

Section II. — Droits de succession créés au profit de la femme par la conventio in manum mariti.

Il nous reste à étudier, ce qui nous intéresse plus directement, les droits de succession créés au profit de la femme par cette *conventio in manum mariti*. Nous diviserons cette étude en deux paragraphes, selon que le mari a fait ou non un testament.

§ I. — *Succession ab intestat.*

La femme, avons-nous dit précédemment avec Gaïus, était *loco filiæ* vis-à-vis de son mari quant aux liens de famille et aux droits successoraux. Le principe de la filiation fictive ainsi admis, les jurisconsultes romains

Digitized by Google

en avaient suivi toutes les conséquences, et ce sont les droits d'une fille sur la succession de son père, qu'ils avaient reconnus à la femme sur la succession de son mari.

A ce titre, elle concourait pour une part d'enfant avec ses propres enfants ou les enfants nés d'un précédent mariage de son mari, qui tous étaient considérés comme ses frères et sœurs.

A leur défaut, elle primait tous les agnats et tous les cognats de son mari, et recueillait, à leur exclusion, la totalité de la succession de celui-ci.

Ces droits de succession lui étaient acquis comme *heres sua et necessaria*. Elle les obtenait en quelque sorte malgré elle, à moins qu'elle ne profitât du bénéfice d'abstention que le Préteur accorda de bonne heure aux *heredes sui* (1).

En outre de ces droits sur la succession de son mari, elle acquérait par la *manus* le droit de succéder à tous les agnats de son mari, qui, par réciprocité, acquéraient, les mêmes droits sur sa propre succession.

§ II. — *Succession testamentaire.*

La loi des XII Tables laissait au père la faculté de dépouiller les enfants placés sous sa puissance, à la condition de le déclarer expressément. Son épouse étant considérée comme sa fille, il avait le droit de l'exhéré-

(1) Ulpien, XXII, § 21 : « *Jure prætorio suis et necessariis heredibs abstinere se a parentis hereditate permittitur* » ; et Gaïus, II, § 159 : « *Idem juris est (abstinere se ab hereditate) et in uxoris persona quæ in manu est, quia filiæ loco est.....* »

Digitized by Google

der comme l'un quelconque d'entre eux *inter cœteros* et non *nominatim*, puisqu'elle avait le rang d'une fille.

Son institution, comme celle des filles et des petits-enfants, pouvait, à la différence de celle des fils, être soumise à toute condition admise par le droit commun.

Son omission ne nuisait pas, comme celle des fils, à la validité du testament. A la condition de survivre au testateur et de rester capable, elle enlevait aux institués, s'ils étaient des *sui heredes* une part virile, une moitié s'ils étaient des *extranei*. Si des *sui* et des *extranei* se trouvaient en présence, elle prenait une part virile dans la portion attribuée aux *sui*, une moitié dans celle qui revenait aux *extranei*.

Dans le cas où le mari avait testé avant son mariage, la *conventio in manum* rompait le testament comme l'*agnatio postumæ filiæ* (1).

Quelles règles devait-on appliquer en cas d'exhérédation formelle de la femme *in manu*. Les textes d'Ulpien et de Gaïus nous font défaut sur ce point, et ceux du Digeste négligent de nous parler de la *manus*. En l'absence de texte précis, le raisonnement nous conduit à lui accorder la *querela inofficiosi testamenti*, action en rescision du testament, donnée à tout enfant dépouillé d'une manière régulière en la forme, mais sans motifs sérieux.

(1) Gaïus, II, § 139. « *Idem juris (id est : testamentum rumpitur) est si qui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quæ in manu fuit, nubat : nam eo modo loco filiæ esse incipit, et quasi sua est.* »

Digitized by Google

Section III. — Absence de droits de succession pour le mari, et la femme mariée sans conventio in manum mariti.

Nous avons à rechercher maintenant s'il y avait des droits successoraux pendant cette période pour le mari, ou la femme mariée sans *conventio in manum mariti.*

§ I. — *Absence de droits de succession pour le mari.*

Y avait-il eu *conventio in manum* ? Toute la fortune de la femme s'était absorbée dans le patrimoine du mari. N'y avait-il point eu de *manus*, la femme était restée sous la puissance de son père ou sous *l'auctoritas* de ses tuteurs. Elle ne pouvait disposer sans leur consentement que des *res nec mancipi*, et il est permis de supposer qu'ils se souciaient peu de la voir avantager son mari. Il est donc impossible de concevoir pour ce dernier un droit de succession quelconque. Cependant on peut dire que, dans le cas de *conventio in manum*, il profitait d'une succession anticipée. Tous les biens de la femme, actuels (1) ou futurs (2) s'absorbaient dans son patrimoine lors de son mariage ou de leur acquisition par sa femme, et se transmettaient à ses héritiers. Venait-il à décéder avant sa femme ? Ses biens passaient à ses héritiers légitimes, au nombre desquels elle se trouvait. Survivait-il au contraire ? Aucune partie des biens qui provenaient d'elle ne revenait à la famille de celle-ci. Mais on le voit ce n'est pas là un véritable droit de succession, mais bien plutôt un gain que le mariage, accom-

(1) Cicéron. *Topiques*, IV, et *pro Flacco*, XXXIV. — Gaïus, II, 98 ; III, 83.
(2) Gaïus, II, 89 et 90.

Digitized by Google

pagné de la *manus*, faisait acquérir au mari par sa seule célébration.

Le résultat n'en est pas moins étrange.

§ *II. — Absence de droits de succession pour la femme mariée sans* manus.

Quant à la femme mariée sans *conventio in manum mariti*, aucun lien de puissance ne la rattachant à son mari, il est naturel qu'il ne soit plus question de lien civil, créant pour elle un droit de succession semblable à celui que nous avons rencontré, lorsqu'il s'agit de mariage contracté dans des formes qui unissent les époux par les liens si forts de la *manus*.

Section IV. — Résumé et examen du système de succession du conjoint survivant consacré par le droit civil.

En résumé, il ne nous apparaît, dans ce premier état du droit romain, de droits sur la succession du conjoint prédécédé qu'au profit de la femme survivante, lorsqu'elle est tombée *in manum mariti*. Ces droits sont ceux d'une part d'enfant, si elle se trouve en concours avec ses enfants ou les enfants d'un précédent mariage de son mari, et, à leur défaut, de la totalité de la succession.

Nous n'en trouvons d'aucune sorte, à part les gains conventionnels de survie que nous n'avons pas à examiner ici, au profit du mari ou de la femme mariée sans *conventio in manum mariti*.

Ce droit étrange de succession était le résultat de la

Digitized by Google

logique avec laquelle les jurisconsultes romains poursuivaient l'application des principes posés par la loi. Celle-ci considérait comme indispensable l'autorité absolue du *paterfamilias*; c'est entre ses mains que devaient se condenser les acquisitions de chacun des membres de la famille. Quoi de plus naturel dès lors, que de faire dépendre de sa volonté, qu'un des membres de la famille pût transporter dans une famille étrangère sa personne et ses biens ? De là, la nécessité du consentement du père de famille, ou des tuteurs chargés d'en représenter les intérêts, pour permettre à la femme de tomber *in manum mariti*. Quoi de plus naturel encore, en suivant toujours l'application de ces principes, que de faire absorber la volonté de la femme dans celle du mari, et ses biens dans son patrimoine, si elle s'est donnée *in manum*, puisque seul l'époux peut être ou devenir *paterfamilias ?*

Mais les résultats de cette logique paraissent étranges, lorsque l'on voit la femme, considérée comme la *fille* de son mari, lui succéder à ce titre en concours avec ses propres enfants. Ils paraissent exorbitants, à ne les examiner que superficiellement, lorsqu'on la voit priver, à défaut d'enfant, les membres de la famille de son mari de la totalité du patrimoine de ce dernier. Mais, en considérant la réalité des choses, on s'aperçoit bien vite que ce droit de succession, qui semble tout d'abord si exagéré, n'est souvent qu'un faible dédommagement pécuniaire de l'absorption du patrimoine de la femme dans celui du mari, puisque tout ce qu'elle possède au moment de

Digitized by Google

son mariage, tout ce qu'elle acquiert dans la suite, devient la propriété de son époux.

Et, cependant, singulière législation, que celle qui, après toutes les bizarreries que nous avons déjà signalées, faisait varier la quotité du droit successoral de la femme selon le nombre de ses enfants, l'intéressant à n'en point avoir ou à en avoir le moins possible, pour recueillir une part plus forte dans la succession de son mari ! Droit bien considérable que celui qu'elle établissait au profit de la femme, mais en même temps droit bien fragile, puisqu'il était toujours loisible au mari de faire son testament, d'y omettre sa femme ou de l'exhéréder, déchéances contre lesquelles elle ne fut protégée qu'au fur et à mesure des progrès du droit, et encore, bien souvent, d'une façon illusoire !

Nous retrouvons dans l'absence de droits successoraux pour la femme survivante mariée sans *manus*, la logique qui lui en faisait accorder lorsqu'elle avait subi cette *capitis deminutio*. N'ayant rien acquis des droits de famille de son époux, elle ne pouvait songer à être comptée parmi ses héritiers. N'ayant rien apporté de ses biens à son mari, elle n'avait rien à reprendre dans sa fortune à son décès, et elle retrouvait dans le patrimoine de son père ce qui n'en était jamais sorti.

Logique encore était la loi romaine lorsqu'elle refusait tout droit de succession au mari. Il est vrai qu'il n'avait guère à se plaindre des rigueurs du droit, lorsqu'il y avait eu *manus*, puisque celle-ci avait eu précisément pour effet de faire devenir sien le patrimoine de celle qui allait devenir la compagne de sa vie.

Digitized by Google

Tel était le système à la fois si étrange et si rationnel du droit civil que nous allons voir absolument modifié par le droit prétorien.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DES DROITS DE SUCCESSION DU CONJOINT SURVIVANT SOUS L'EMPIRE DU DROIT PRÉTORIEN

Section I. — Changements survenus dans la condition des époux.

§ I. — *Désorganisation de la famille.*

L'organisation patriarcale et autoritaire de la famille, que nous avons observée pendant les premiers siècles de Rome, ne devait pas résister au relâchement des mœurs qui ne tarda pas à se manifester dans la Rome victorieuse et pressée de jouir de tous les raffinements de luxe, de débauche, de paresse qu'elle avait trouvés chez les peuples qu'elle avait vaincus, ou que lui avaient rapportés ceux de ses enfants qui étaient allés chercher au loin les notions d'une civilisation plus avancée. Si Rome dut à la Grèce ses arts, ses lettres, sa philosophie, elle lui dut aussi la corruptions de ses mœurs, et, si les Romains surent en se les appropriant corriger les notions de philosophie et de droit qu'ils puisèrent chez les Grecs ou les autres peuples qui les entouraient, ils ne surent pas de même se défendre de leur corruption, et ils exagérèrent leurs vices en les leur empruntant.

Digitized by Google

Sous l'influence démoralisatrice de mœurs relâchées, la famille perdit son unité, et la puissance souveraine et sacrée du *paterfamilias* ne tarda pas à s'affaiblir. Les enfants ne la considèrent plus que comme un joug odieux et ne reculèrent devant aucun moyen pour s'en affranchir. La delation et le parricide ne les effrayèrent point, et Velleius Paterculus va jusqu'à nous rapporter, à propos des proscriptions, qu'on trouvait plus d'attachement et de fidélité chez ses esclaves que chez ses enfants. Avec la puissance paternelle disparut le culte des ancêtres, et la débauche vint s'établir au foyer domestique, considéré jusqu'à ce jour comme un lieu sacré, d'où devait être écarté tout ce qui pouvait en altérer la pureté.

§ III. — *Désuétude de la manus.*

La désorganisation que nous venons de constater dans la famille se produisit avec non moins de violence dans le mariage.

Des unions plus libres prirent place à côté des *justæ nuptiæ.*

Le concubinat dut sans doute son origine aux lois qui interdisaient le mariage entre ingénus et affranchis. Ne pouvant contracter de *justæ nuptiæ*, les gens qui s'en trouvaient empêchés, n'ayant pas entre eux le *connu-*

Digitized by Google

bium, vécurent maritalement avec celui ou celle qui leur avait inspiré un amour assez violent pour oublier le respect dû aux lois et à la morale. C'est sans doute à partir des lois caducaires que cette union tolérée par les mœurs, mais non reconnue jusqu'alors par les lois, reçut une réglementation légale. Peut-être à cette époque produisit-elle certains des effets attachés aux justes noces quant aux peines de l'*orbitas* (1). C'est évidemment un mariage inférieur, mais n'ayant rien de honteux, ne rentrant pas dans le *stuprum*. C'est une sorte de mariage soumis aux mêmes règles de validité et d'empêchement que les *justæ nuptiæ*, et entraînant des effets légaux (2).

(1) M. Accarias, dans son *Précis de Droit romain*, paraît en effet disposé à admettre avec quelques interprètes que les enfants issus *ex concubinatu* évitaient à leurs auteurs les peines de *l'orbitas*, et valaient à leur père les avantages attachés à la qualité de *pater*. Le concubinat ainsi conçu aurait eu pour but de rendre plus rare l'application des déchéances établies par les lois caducaires et plus facile l'acquisition des *prœmia patrum*. — nº 100, note 1.

(2) On admettait presque généralement jusqu'en ces dernières années que le *concubinatus*, était, comme le mariage, une union consacrée et réglée par les lois, qui devait se traduire dans notre langue par un mot que les interprètes avaient calqué sur le mot romain, *le concubinat*, et non par le mot qui sert chez nous à désigner une simple union de fait le *concubinage*.

Mais en 1880 le regretté M. Gide dans un opuscule ayant pour titre : *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, a soutenu la thèse contraire, et prétendu que « le *concubinatus* n'avait rien de commun avec une institution juridique, que les rapports avec une concubine du temps des Romains, n'étaient pas autre chose que ce qu'ils sont de notre temps, un simple fait dépourvu de tout caractère, de tout effet légal, que le mot de *concubinat* doit être rayé de notre langue, et l'idée chimérique dont ce mot est l'expression bannie de la science, que la vraie traduction du mot *concubinatus*, ce n'est point *concubinat*, c'est *concubinage* ».

Digitized by Google

A côté du concubinat s'organisa une sorte de mariage entre personnes qui n'avaient pas entre elles le *connubium*, c'est-à-dire l'aptitude à contracter de *justæ nuptiæ*, parce que l'une d'elles n'était pas romaine. Cette union, que les textes appellent indifféremment *matrimonium sine connubio*, ou *non legitum*, est

Quelle que soit l'autorité qui s'attache au nom de M. Gide, nous nous permettrions de discuter son opinion, en nous appuyant du reste sur des auteurs dont l'autorité ne saurait non plus faire doute.

Nous avons dit quelle était, selon nous, l'origine du *concubinatus* : l'interdiction du mariage entre ingénus et affranchis. Dès que cette idée d'une union plus facile que le mariage, fut entrée dans l'esprit des Romains, elle ne tarda pas à se développer rapidement sous l'empire d'un fait, qu'on ne saurait nier devant l'unanimité des auteurs anciens à le constater, le goût des Romains toujours plus prononcé pour le célibat et l'abstention du mariage.

Et cependant après les guerres civiles et les expéditions lointaines qui avaient dépeuplé Rome, le célibat était un des faits les plus nuisibles à l'État, en mettant obstacle à la multiplication des citoyens. Aussi, celui, que dans la ferveur de sa reconnaissance le Sénat avait appelé du nom d'Auguste qui n'avait été jusqu'alors donné qu'aux dieux, entreprit-il de provoquer des mariages par des lois coercitives. De là les fameuses lois *Julia* et *Papia Poppœa* qui attribuant des prérogatives et des privilèges aux *patres*, pour infliger des privations civiles aux *cœlibes* et aux *orbi*.

C'est sans doute à cette époque que le *concubinatus*, qui n'avait, avant Auguste, point de dénomination légale et se confondait avec les commerces illicites ou non avouables, s'en détacha désormais complétement, et prit place parmi les conventions autorisées par la loi, afin de rendre plus rare l'application des déchéances établies par les lois caducaires et plus facile l'acquisition des *præmia patrum*.

Cette opinion se trouve confirmée par la loi 3, § 1, D., *de concubinis*, 25, 7, qui proclame que le *concubinatus* tient son *nom des lois* ; « *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est* ». *Les lois* dont il est ici question sont, de l'avis de tous les interprètes, les lois Julia et Papia Poppœa, et tout le monde admet la signification légale de *nomen* en cette rencontre. Malheureusement le texte de ces lois ne nous est pas parvenu, et il nous est impossible de faire avec leur texte une argumentation qui serait irréfutable, si, comme le conjecture Heineccius, (*Ad. L. Jul. Pap. Pop.*,

Digitized by Google

connue généralement sous le nom de mariage du droit des gens. Cette union supérieure au concubinat et inférieure aux justes noces empruntait à ces dernières la plupart de leurs effets légaux.

Au dernier rang se trouvait enfin le *contubernium*

p. 165, édit. d'Amsterdam, 1726), le chapitre présumé de ces lois était ainsi conçu ; « *Quas personas pes hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere jus esto* ».

Comment douter au reste de cette réglementation légale du *concubinat* en présence des textes du *Digeste*, qui consacre un titre spécial aux concubins en ayant bien soin de le placer à la suite des titres qui concernent le mariage et les rapports des époux, et en recherchant comment on peut distinguer la concubine d'avec la légitime épouse, quelles femmès il est permis de prendre pour concubines, quels sont les devoirs d'une femme affranchie qui vit en concubinage avec son patron, etc.?

Comment en douter encore lorsque l'on voit la place que le *concubinatus* occupait dans les mœurs romaines? Écoutons M. Gide lui-même nous rapporter « qu'Alexandre Sévère, au dire de Lampride (Alexandre Sévère, 42, voulut que chaque gouverneur de province reçut en partant, aux frais du) trésor, tout ce qui lui était nécessaire, des habits de cérémonie, une certaine somme d'or et d'argent, des chevaux, un cocher, un cuisinier, enfin, « s'il n'était pas marié, une concubine; car ce sont là des choses sans lesquelles on ne peut pas vivre ». — C'est Vespasien qui vit avec une concubine, si l'on s'en rapporte au témoignage de Suétone (sur Vespasien, III). Il en fut de même d'Antonin-le-Pieux, si l'on en croit Capitolin, (Anton. Pius, VIII). Au reste, écrit M. Ch. Giraud dans le *Journal des Savants*, cahier de mars 1880, « les monuments épigraphiques, témoins irrécusables de la vie privée des Romains, à la même époque, nous révèlent une organisation civile du concubinat, sa pratique honorée de l'estime publique, et ses exemples répandus dans toutes les classes de la société, de sorte que, si le règlement primitif et législatif de cette union échappe à nos investigations, le phénomème de son plein exercice et de ces attributs réglementaires se montre d'un seul coup à nos yeux, comme un grand fait accompli, enraciné dans la vie privée des Romains ». C'est ainsi que dans plusieurs inscriptions tumulaires. l'on voit figurer à côté de la femme et des enfants légitimes du défunt ses bâtards et ses concubines, et, qu'au-dessus de l'inscription l'on voit gravées trois effigies : au milieu, celle du défunt ; d'un côté celle de sa femme ; de l'autre, celle de sa concubine.

Digitized by Google

qui était l'union continue de deux esclaves. Il devait être autorisé par les maîtres des esclaves et ne produisait entre les parties aucun effet légal, si ce n'est peut-

Pour nous, le *concubinatus* était donc bien une sorte de mariage, c'est-à-dire une union consacrée et réglée par les lois, d'un ordre inférieur, il est vrai, mais analogue à la condition du mariage et produisant la plupart de ses effets, une sorte de mariage morganatique, comme on l'a prétendu non sans raison, et nous nous trouvons en ce point d'accord avec la plupart des interprètes du Droit romain, qui ont pu différer sur l'étendue des effets du *concubinatus*, mais qui tous jusqu'à ce jour avaient été d'accord sur son caractère civil.

C'est d'abord Placentin, qui au XIIe siècle proclame cette doctrine et qui écrit : « *Concubinam unicam etiam in domo licet ei habere qui uxorem non habet.... Concubinatus enim nomen per leges assumpsit. Fieri autem potest concubina cujuscumque ætatis, dum non sit minor duodecim annorum. Non tamen concubina patris, erit filii, et econtra ; prope enim nefaria est ista conjunctio. Potest esse concubina liberta, etiam aliena, ingenua quoque ; maxime quæ sit nata in obscuro loco, etc...* »

« Cette théorie, écrit M. Giraud (*loc. cit.*), fut transmise dans son intégrité, en traversant les glossateurs jusqu'au XVIe siècle, où la reprit Alciat et Cujas, après lui.

« Selon notre grand Cujas, *concubina uxorem imitatur, idea vice conjux appellatur in antiquis inscriptionibus.*

« En d'autres endroits, Cujas professe que : *concubinatus est legitima conjunctio.*

« Autre part nous trouvons : *concubina ἡμίγαμος, ut Zonaras loquitur.*

« Ailleurs il qualifie le concubinat de *semimatrimonium* ; il rappelle que Salvien gratifiait la concubine du titre de *quasi conjux*, et que Théodose a nommé le concubinat *conjugium inæquale.*

« En résumé, pour Cujas, *concubina non est uxor, sed eam imitatur.* »

Après lui, le Fr. Baudoin, Jacques et Denis Godefroi, Gérard Noodt, Bynkershoeck, Pothier lui-même, Heineccius proclament la même doctrine.

De nos jours, Glück, Marezoll, M. Van Wetter, M. Maynz, M. Arndtz, M. Ducaurroy, M. Accarias, M. Giraud, ont reproduit les même idées.

Seul M. Gide a soutenu que le concubinat n'est autre chose que le concubinage, un fait qui n'a rien de légal quoi qu'il soit toléré par la loi, ni rien de moral, quoiqu'il soit toléré par les mœurs.

Mais tout en prétendant que le concubinat n'était qu'un fait qui n'avait rien de légal, M. Gide ne peut s'empêcher de reconnaître qu'il est au *Digeste*

Digitized by Google

être l'*affinitas*, obstacle à une autre union. Mais sous l'influence de la corruption des mœurs, on ne tarde pas à voir des femmes libres, contracter ces sortes d'unions réservées aux esclaves seuls. Le sénatus-consulte Claudien, qui les faisait tomber en esclavage, et une loi de Constantin (1), qui leur interdit le *contubernium* avec leurs propres esclaves, en sont des preuves certaines.

divers textes qui déterminent dans quels cas ou dans quelles conditions on peut prendre une femme pour concubine. Il est vrai qu'il essaie d'en atténuer la portée en soutenant que, s'ils disent que dans certains cas le concubinage est valable et produit des effets civils, c'est dire seulement que hors de ces cas, le concubinage est interdit et frappé par la loi pénale. Mais si, dans certaines circonstances, peut-on lui répondre, la loi défend et punit le concubinage, c'est donc qu'elle entend lui donner une réglementation légale.

En prétendant aussi que le concubinat n'avait rien de moral, quoi qu'il fut toléré par les mœurs, M. Gide ne peut s'empêcher de reconnaître la place énorme qu'il occupait dans la société romaine. Là aussi il essaie bien d'atténuer la portée de son aveu, en établissant que si la morale était à Rome indulgente pour l'homme, elle ne l'était pas pour la femme et que la concubine n'était le plus souvent qu'une affranchie, une esclave ou une prostituée, qui perdait, en se donnant comme concubine, le titre et le rang de *materfamilias*. Nous n'avons jamais entendu contester le caractère inférieur du concubinat, mais nous prétendons qu'il était une sorte de mariage produisant des effets civils, réglé par les lois et admis par les mœurs.

Et de ce que le concubinat était un véritable mariage nous en concluons avec M. Accarias : « 1° qu'il se contractait sans plus de formalités que les *justæ nuptiæ*; 2° qu'il exigeait la puberté chez les parties (41, § 4, *De concubin.* XXV, 7) ; 3° qu'il ne pouvait exister entre personnes que la parenté ou l'alliance rendait incapables de contracter ensemble les *justæ nuptiæ* ; 4° que la même personne ne pouvait être successivement la concubine de ceux dont elle pouvait être successivement la femme légitime (41, § 3, *De concub.*) ; 5° que le concubinat était incompatible avec un mariage non dissous, nul ne pouvant avoir à la fois une femme légitime et une concubine (L, uniq., C. de *concubin.*, V, 26). »

(1) L. uniq. C. *De mulier, quæ se prop. serv. junx.*, IX, 11.

Digitized by Google

Les *justæ nuptiæ* elles-mêmes avaient reçu une atteinte profonde. Nous avons vu sous l'influence de quelles circonstances la *manus* tendit à disparaître. Du moment où l'autorité paternelle fut amoindrie, où les divorces devinrent si fréquents que Sénèque (1) put s'écrier que désormais les femmes comptaient les années, non plus par le nombre des consuls mais par celui de leurs maris, et Juvénal (2) nous dire à son tour que certaines femmes étaient allées en cinq années jusqu'à se donner et à se retirer à huit maris successifs, cette institution de la *manus* s'affaiblit progressivement, jusqu'au point de devenir une exception. La dot, que les pères durent constituer à leurs filles, ne contribua pas peu non plus à cette désuétude, car, pour la recevoir, les maris consentirent facilement à ne pas acquérir cette puissance de la *manus*.

Cet affaiblissement des liens sacrés du mariage eut pour conséquence nécessaire un affaiblissement de la puissance maritale. Le mari vit ses droits sur la personne de sa femme considérablement amoindris; au tribunal domestique succéda un *judicium de moribus* dans lequel un juge nommé par le préteur, fut chargé d'examiner les fautes de la femme et de la punir selon leur gravité. Le mari fut justiciable devant le même tribunal de ses torts envers sa femme, et la condition des époux fut ainsi bien différente de ce qu'elle était dans les premiers siècles de Rome.

(1) De Benef., III, 16.

(2) Sat., II. v. 229.

Digitized by Google

Section II. — Changements survenus dans la législation. — Des bonorum possessiones.

Un tel changement dans les mœurs nécessita une modification dans la législation, et nous ne tardons pas à voir le préteur l'accomplir dans l'ordre successoral, celui qui nous intéresse plus particulièrement.

Ce fut au moyen des *bonorum possessiones* qu'il arriva à ce résultat. « *Jus bonorum possessionis introductum est a prœtore, emendandi veteris juris gratia* », nous disent les *Institutes* (Lib. III, tit. IX). Il ne pouvait faire des héritiers, mais il mit *loco heredes* ceux qu'il appelait à l'hérédité.

Nous n'avons pas à étudier ici les *bonorum possessiones* . Qu'il nous suffise de rappeler, car cela a un intérêt pour déterminer le rang dans lequel le préteur appelait le conjoint survivant, qu'elles étaient de deux sortes : les unes, *bonorum possessio contra tabulas* et *bonorum possessio secundum tabulas*, étaient données en vertu d'un testament ; les autres étaient déférées en l'absence de testament. Les voici dans l'ordre que les *Institutes* leur assignent : 1° *Bonorum possessio unde liberi* ; 2° *unde legitimi* ; 3° *unde decem personæ* ; 4° *unde cognati* ; 5° *tum quem ex familia* ; 6° *unde patronis, atrona, pliberique et parentes patroni patrpnœve ;*

Digitized by Google

7° *unde vir et uxor;* 8° *unde cognati manumissoris.*

A ces *bonorum possessiones*, dont nous venons de donner l'énumération en suivant l'ordre des *Institutes*, il convient, pour être complet, d'en ajouter une dernière, donnée tantôt *ex testamento*, tantôt *ab intestat*. Je veux parler de la *bonorum possessio uti ex legibus*, qui n'est donnée ni dans une hypothèse prévue d'avance, ni à certaines personnes déterminées prélablement, et qui est destinée à compléter le droit civil.

Section III. — De la bonorum possessio unde vir et uxor.

§ I. — *Du droit de succession réciproque entre époux établi par cette bonorum possessio.*

Des changements considérables sont apportés par cette législation prétorienne dans le régime successoral des époux, et, parmi eux, celui qui doit attirer tout d'abord notre attention est la réciprocité des droits successoraux établie par le préteur. Sous l'empire du Droit civil, nous avons vu qu'il n'y avait de droit successoral entre époux que pour la femme et à la condition qu'elle fût *in manum*. Désormais plus de distinction selon le sexe des époux ; à la seule condition pour la femme de n'être point *in manum*, existe un droit réciproque de succession entre eux.

Quant à l'époque à laquelle apparut cette importante innovation, il n'est pas facile de la préciser d'une façon certaine, mais elle ne dut pas tarder beaucoup après l'organisation des autres possessions, si même elle ne

Digitized by Google

l'accompagna; on peut donc la placer à la fin de la République, époque à laquelle la *manus* était déjà en désuétude.

Des termes même employés par le préteur, il résulte que cette possession de biens ne s'accordait qu'à ceux qui pouvaient porter le titre de *vir* ou celui d'*uxor*, c'est-à-dire à ceux qui avaient contracté un mariage valable, *justum matrimonium*, *justæ nuptiæ*. Cela résulte en outre de la *L. uniq.*, *C.*, *Unde vir et uxor*, *XXXVIII*, *11* : « *Ut bonorum possessio peti possit, unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet.* » Le concubinat, bien qu'union licite et légale ne donna jamais droit à la *bonorum possessio*; les noms vénérés de *vir* et d'*uxor* ne furent d'ailleurs jamais appliqués aux concubins.

Pour venir à la succession de son conjoint, l'époux, cela va sans dire, devait lui survivre; mais, en outre, le mariage devait encore exister au moment du décès. Le divorce excluait donc le conjoint survivant, même au cas où il avait eu lieu *bona gratia* ou par la faute du prémourant. Il y avait cependant un cas curieux à observer, nous dit M. Boissonade dans son *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 70, c'est celui « où le divorce avait eu lieu et où pourtant le mariage semblait durer, au moins en ce sens que l'un des époux ne recouvrait pas sa liberté : c'était celui où une affranchie divorçait d'avec son patron, *invito eo;* dans ce cas, quoiqu'elle fût encore *uxor*, comme elle l'était en quelque sorte malgré elle et sans en mériter les droits, elle n'avait pas la succession de son mari. » Mais on peut soute-

Digitized by Google

nir que l'interdiction de se remarier imposée à la femme dans ce cas particulier de divorce est une peine pour elle et que le mariage n'en est pas moins dissous. L'expression *uxor* ne lui appartient donc qu'en souvenir de son état passé. En effet, son mari n'est pas frappé de l'interdiction de se remarier ; il ne conserve donc pas la qualification de *vir*, ce qui implique l'anéantissement des liens qui le rattachaient à son épouse, et prive par conséquent cette dernière des droits successoraux qu'elle aurait eus sans cela.

La solution était la même au cas d'un divorce irrégulier, d'après la loi *Julia de adulteriis.*

§ II. — *Du rang dans lequel est appelé le conjoint survivant.*

Si la législation prétorienne établit un droit successoral réciproque entre époux, elle en fit un droit beaucoup moins considérable que celui qui était accordé à la femme *in manum.*

L'énumération que nous avons faite d'après les *Institutes* des *bonorum possessiones* va nous servir à déterminer le rang attribué par le préteur au conjoint survivant.

A cet effet, il faut distinguer s'il s'agit d'un ingénu ou d'un affranchi.

S'agit-il de la succession d'un affranchi ? Distinguons encore si l'affranchissement procède d'un ingénu ou d'un affranchi. Dans le premier cas, le conjoint survivant est appelé après les possessions suivantes : 1° *unde liberi* ; 2° *unde legitimi* (au profit du patron et de ses

Digitized by Google

enfants) ; 3° *tum quem ex familia* (au profit des agnats du patron). Le conjoint survivant venait donc au quatrième rang dans ce premier cas. Dans le second, c'est aussi au quatrième rang qu'il était appelé, mais dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi ;* 2° *unde legitimi*; 3° *unde patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve* (c'est-à-dire après le patron du patron, les enfants de celui-ci et ses descendants).

S'agit-il d'un ingénu, il faut distinguer comment il est devenu *sui juris*. Dans le cas où il l'est devenu sans émancipation ou avec émancipation *contracta fiducia*, la possession de l'époux est la quatrième dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi* ; 2° *unde legitimi ;* 3° *unde cognati ;* 4° *unde vir et uxor*. Dans celui au contraire où le défunt a été émancipé sans fiducie et par conséquent sans *manumissor extraneus*, la possession de l'époux n'était que la cinquième dans l'ordre que voici : 1° *unde liberi ;* 2° *unde decem personæ ;* 3° *unde legitimi ;* 4° *unde cognati* ; 5° *unde vir et uxor*.

On voit combien était éloigné le rang auquel était appelé le conjoint survivant. Il ne primait que deux ordres d'héritiers : les cognats du *manumissor* et le fisc. Et encore peut-on douter de cette préférence sur le fisc en présence d'un texte d'Antonin Caracalla, inséré au Code, L. 1, *De donat. int. vir. et uxor.*, V, 16, et ainsi conçu : « *Bona quondam mariti tui fiscus, si nemine ei successore existente ut vacantia occupaverit, donationes ab eo factæ, si usque ad finem vitæ in eodem voluntate permansit, revocari non possunt.* » Ce texte

Digitized by Google

suppose le fisc possesseur de biens et justement obligé d'exécuter une donation faite par le défunt à sa veuve. On se demande dès lors comment il se fait que le fisc prime ainsi l'époux, et certains auteurs ont cru qu'il y avait eu à l'époque de Caracalla un revirement en ce sens. Il n'en est rien selon nous. Le texte s'explique bien facilement, et vient même confirmer notre opinion, si nous supposons que l'époux a refusé ou omis de demander la *bonorum possessio*. C'est en présence de ce refus ou de cette omission que le fisc est en possession des biens du mari prédécédé, et, sans ce refus ou cette omission, ses biens seraient incontestablement entre les mains de la veuve. Comment, au reste, n'en serait-il pas ainsi? Quand l'époux survivant aurait-il eu un droit de succession, s'il n'avait pas primé le fisc? Le fisc, en effet, pas plus à Rome que chez nous ne devait jamais faire défaut, puisqu'il n'était jamais tenu des dettes au delà des forces de la succession. Le fisc ne faisant jamais défaut, on ne voit pas l'hypothèse où l'époux survivant aurait pu avoir un droit de succession, si ce droit de succession avait été subordonné à ce défaut du fisc.

Cette opinion est d'autant plus justifiée qu'une constitution de Théodose II et Valentinen III, insérée au Code Théodosien (L. 9, *De legit. hered.*, V, I), et reproduite au Code de Justinien (L. uniq., C., *Unde vir et uxor*, VI, 18), prend soin d'indiquer cette préférence de l'époux sur le fisc. Cette constitution en abroge une autre qui ne nous est pas parvenue, et qui permettait au conjoint de primer certains parents du défunt. Elle ajoute que désormais l'époux survivant ne pourra *exclure que le*

Digitized by Google

fisc, en faisant observer que « si les époux ont une grande affection l'un pour l'autre, l'occasion de tester n'est pas si coûteuse ni si difficile qu'il faille différer leur désir. »

Section IV. — Examen de ce système de succession prétorienne.

La grande réforme accomplie par le préteur est donc d'avoir rendu réciproque la vocation héréditaire entre époux. Mais ce droit successoral ne leur fut que timidement octroyé. Le préteur avait besoin d'user de ménagements; il ne voulait pas brusquement faire violence à la loi civile et aux souvenirs aristocratiques de l'ancien droit. Il ne fit de l'époux survivant qu'un *bonorum possessor*, qu'il relégua presque en dernière ligne, après plusieurs ordres d'héritiers. Outre la précarité attachée à ce titre de *bonorum possessor* donné d'abord *sine re*, l'époux resta toujours libre de disposer par testament de tout ou de partie de ses biens, et nous ne trouvons pas encore trace dans le droit prétorien d'une réserve légale établie en faveur du conjoint survivant. Certes, le droit successoral entre époux a fait un grand progrès avec la disparition de la *manus* et de la distinction des sexes, mais il lui reste encore un grand pas à franchir pour arriver à ce perfectionnement d'une réserve destinée à assurer au conjoint pauvre les ressources nécessaires à son existence, et il faut arriver jusqu'à la législation du Bas-Empire pour trouver les traces de cette innovation.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DU DROIT DE SUCCESSION ENTRE ÉPOUX DANS LE BAS-EMPIRE

Section I. — Changements survenus dans la condition des époux sous l'influence des idées chrétiennes.

Nous avons vu quelles atteintes profondes avait subi le mariage pendant la période que nous venons d'étudier : à côté des *justæ nuptiæ*, ces unions plus ou moins passagères, admises, il est vrai, par les lois, mais indiquant un relâchement considérable dans les mœurs ; puis, comme si cet affaiblissement des liens du mariage ne suffisait point, le divorce introduit à Rome avec une fréquence qu'on ne saurait retrouver dans aucune autre législation.

L'influence du Christianisme vint modifier radicalement cette législation corrompue. Ecoutons M. Gide retracer en termes éloquents ce changement dans les mœurs (1) :

« Au moment même où l'on promulguait les lois Papiennes et où la corruption parvenait à son comble dans

(1) *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 194.

Digitized by Google

la capitale de la civilisation antique, les habitants ignorants et grossiers des bourgades de la Galilée recevaient, de la bouche d'un jeune Juif, humble et pauvre comme eux,la doctrine qui devait renouveler le monde. Ce nouveau docteur n'ordonnait pas, comme la loi juive ou païenne, que l'on répudiât l'épouse stérile ; mais il disait : « Que l'homme ne sépare point ceux que Dieu a unis. » Il ne livrait pas comme les anciennes lois, aux fureurs d'une multitude toujours avide de scandale et de sang, la femme surprise en adultère ; mais, faisant taire d'un mot ses accusateurs, il lui disait: « Va-t-en et ne pèche plus à l'avenir.» Il ne faisait point de l'autorité maritale un pouvoir violent et oppresseur; il ne disait pas, comme le législateur antique, que le mariage doit enlever la femme à sa famille et laisser le mari dans la sienne ; mais, renversant en quelque sorte les rapports des deux époux pour mieux rétablir entre eux l'égalité, il disait : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme. » Et les disciples du Christ disaient après lui: « Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église, en sacrifiant sa vie pour elle. »

Après avoir subi les plus odieuses persécutions, le Christianisme devint la religion de l'Empire, et les idées propagées par les Pères de l'Église ne tardèrent pas à se manifester dans la législation. A la place de la condition différente qui existait entre les époux suivant leur sexe, s'établit entre eux une égalité parfaite basée sur la réciprocité des affections et des devoirs. Le ma-

Digitized by Google

riage perdit le caractère occulte qui entourait sa célébration. Contracté par la libre volonté des époux il dut être béni par l'Église et entouré des prières des fidèles et des solennités du culte. Considéré comme une union sainte, il devint indissoluble aux yeux de l'Église qui n'admit comme une juste cause de répudiation et de divorce que l'adultère de la femme. En cas de prédécès de l'un des époux, l'Église vit avec une défaveur marquée les seconds mariages et imposa des pénitences avant leur célébration. Ayant les mêmes devoirs, les époux eurent les mêmes droits, et, parmi eux, le plus précieux, celui sur la personne des enfants, se partagea également entre le père et la mère.

Un tel changement dans la condition des époux devaient amener une réforme dans les lois qui réglaient leurs droits successoraux. Elle fut faite par Justinien et par Léon le Philosophe dans des Novelles qu'il nous reste à étudier.

Section II. — Réformes opérées au Bas-Empire quant aux droits successoraux entre époux.

§ I. — *Réformes antérieures aux novelles de Justinien*

Les changements que nous avons annoncés dans les droits successoraux entre époux ne se produisirent pas sans secousses, et des revirements en sens contraire se manifestèrent quelquefois.

Digitized by Google

C'est ainsi, qu'avant Justinien, une constitution de Théodose II et Valentinien III vint rejeter l'époux après tous les cognats du défunt et ne lui permettre de primer que le fisc. Cette institution insérée au Code, L. 1, VI, 18, s'exprime en ces termes : « *Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.* » Les termes de cette constitution ne laissent aucun doute sur sa portée. Tous les parents, même les cognats du *manumissor* priment l'époux survivant qui voit seulement son droit préféré à celui du fisc. Cette interprétation serait confirmée, s'il en était besoin, par la L. 9, V, 1, au Code Théodosien, qui est conçue en termes aussi explicites.

Une modification en sens inverse se produisit sous Justinien avant la refonte complète qu'il fit du système successoral. Elle résulta des changements qu'il opéra dans la succession des affranchis et l'émancipation des enfants. Par une constitution insérée aux *Institutes*, III, 7, *De succ. libert.*, § 3, et au Code, L. 4, § 11, *De bonis libert.*, VI, 4, il assimila presque entièrement les successions des affranchis à celles des ingénus (1). — Puis il suppléa toujours le contrat de fiducie dans l'émancipation des enfants : « *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ad deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut eman-*

(1) « *... Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.* »

Digitized by Google

cipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud antiquos non aliter loco obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisset (1). » Ces deux dispositions l'amenèrent à supprimer les *bonorum possessiones : unde decem personæ, unde patronus patronaque, tum quem ex familia et unde cognati manumissoris.* C'est ce qu'il fit par les §§ 4-6, Inst., *De bonor. poss.*, III, 9, et la L. 4, § 11, C., VI, 4, *De bonis libert.* De sorte que l'ordre des possessions de biens sous Justinien se trouve établi de la façon suivante : *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor*, c'est-à-dire que l'époux survivant vient au quatrième rang, et, s'il est vrai, qu'il demeure toujours le dernier des *bonorum possessores,* il n'en est pas moins certain qu'il acquiert un rang beaucoup meilleur qu'auparavant, par l'exclusion des nombreux successeurs qui ne tenaient au défunt que par un patronage fictif (le *manumissor extraneus* et ses cognats), ou par un patronage trop indirect, (celui des parents du patron et des patrons du patron.)

§ II. — *Réformes opérées par les novelles de Justinien*

Ce n'était pas un progrès assez marqué dans la voie qu'avaient tracée les idées chrétiennes, et en 537 Justinien accomplit en cette matière une réforme considérable.

La novelle LIII, titre VIII, ch. VI, vint décider que la femme pauvre et non dotée prendrait dans la succes-

(1) Inst. III, 2, *De leg. adgna. succ.*, § 8. — Cette disposition est confirmée par la L. 6, C., *De emanc. lib.*, VIII, 49.

Digitized by Google

sion de son mari un quart de ses biens, à la condition que le mari fût riche. Cette disposition devait s'appliquer aussi au mari, si la mort de sa femme le laissait dans le besoin. Justinien, (il prend soin de l'expliquer), était touché par la situation de la femme, mariée légitimement, sans dot, et sans qu'il lui ait été fait de donation anté-nuptiale, qui, après avoir vécu dans l'aisance du vivant de son mari, était après sa mort plongée dans la plus affreuse misère, si son époux n'avait pas songé ou n'avait pas eu le temps de faire en sa faveur des dispositions testamentaires, tandis que ses enfants continuaient à vivre dans l'opulence après la mort de leur père. Il ne voulait pas assurer dans tous les cas à la veuve une part dans la succession. Il fallait qu'elle fût dans le besoin, qu'elle n'eût point été dotée, qu'elle n'eût reçu ni donation anté-nuptiale ni libéralité testamentaire, pour qu'elle profitât de cette faveur de la loi. Son but était de permettre à la veuve, si elle n'avait aucune ressource personnelle, de continuer à tenir dans le monde le rang et la situation qu'elle avait eus pendant son mariage. Et comme la position du mari ne lui semblait pas meilleure, dans le cas où le prédécès de sa femme le laissait dans la misère, il déclara commune, par une juste réciprocité, au mari aussi bien qu'à la femme, la disposition qu'il édictait.

Il était déjà précédemment entré dans cette voie à l'occasion du conjoint répudié sans cause. La loi 11, § 1, C. *De repud.*, V, 17, avait décidé que le conjoint répudié sans cause, recevrait une quarte, à la condition de n'avoir pas reçu de dot. Cette quarte ne devait jamais

Digitized by Google

dépasser cent livres d'or, alors même que l'époux aurait plus de quatre cents livres d'or ; mais, si sa fortune était moins considérable, l'époux répudié avait toujours droit au quart de la fortune de son conjoint. La novelle XXII dans ses chapitres XVIII et XXX reproduisait les mêmes dispositions. L'époux pauvre et non doté, répudié sans cause par son conjoint, avait le droit d'obtenir le quart du patrimoine de ce dernier, sans avoir égard au nombre de ses enfants. Seulement, s'il y avait des enfants, l'époux ne recevait la propriété de sa quarte, qu'à charge de la leur conserver et rendre à sa propre mort.

En 542, la novelle CXVII reproduisit dans son chapitre V les dispositions de la novelle LIII, mais avec des modifications importantes. La plus grave consista à déclarer que cette quarte n'appartiendrait jamais qu'à la femme survivante, et cela aussi bien en cas de divorce qu'en cas de prédécès du conjoint. — Une seconde modification consista à déclarer qu'en présence de plus de trois enfants issus du mariage la femme ne pourrait plus prendre un quart, mais une simple part virile.

La veuve, nous l'avons vu, acquiert cette quarte, à la condition que plusieurs circonstances se produisent ; il faut que le mari prédécédé soit riche, que la femme soit pauvre et qu'elle n'ait point été dotée. On ne s'attache pas à la situation pécuniaire actuelle de la femme ; peu importe qu'elle soit dans la misère la plus profonde au décès de son mari ; si elle a reçu une dot, elle n'a plus aucun droit à la succession de son époux. C'est au juge qu'il appartient de décider dans le cas où la femme

Digitized by Google

n'a pas reçu de dot, si elle est pauvre et si son mari est riche, c'est-à-dire si elle réunit les deux autres conditions exigées par la loi pour avoir droit à la quarte. Son appréciation sera basée sur la position sociale de chacun des époux, sur le rang qu'ils occupaient dans la société.

La veuve qui prend sa quarte doit-elle rapporter son propre patrimoine ? Nous ne le pensons pas en présence des termes de la Novelle 117, qui ne laissent pas supposer que le patrimoine de la femme doive être réuni à celui du mari pour que la femme prélève un quart du tout composé par la réunion de ces deux patrimoines, et qui indiquent bien plutôt qu'il s'agit du quart de la fortune de son mari : « *fecimus legem decernentem : si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit, et usque ad mortem cum ea vivens, præmoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiæ pecuniam....* » Cette interprétation se trouve d'ailleurs confirmée par la Novelle 53 qui laisse à la femme toutes ses actions en reprise de ses propres qui se trouvent, soit dans la maison de son mari, soit ailleurs : « *Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis immunitam.* »

La nature du droit de la veuve varie selon qu'elle se trouve en présence de ses enfants ou en présence d'autres parents. Dans le second cas elle a un droit de propriété; dans le premier nous croyons qu'il ne s'agit pour elle que d'un droit d'usufruit. Cela semble résulter bien expressément des termes mêmes de la novelle : « *ita*

Digitized by Google

quippe, ut USUM SOLUM *in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis filiis servetur, quod ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, jubemus etiam dominii jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per præsentem jussimus legem.* » Une opinion différente présentée en Allemagne par Loehr (1) s'est fait jour cependant et a réuni en sa faveur de nombreux adhérents (2). Pour eux, s'il est vrai que la mère doit conserver pour ses enfants la part qu'elle a reçue, il n'est pas moins certain qu'elle a sur cette part plus qu'un droit d'usufruit. Dans leur pensée les termes de la novelle 117 ne font que reproduire ceux d'un rescrit de Théodose et de Valentinien, la loi 8, § 7, C., *De repud.*, duquel il résulte que tout ce que l'époux injustement répudié gagne au divorce doit être conservé aux enfants issus du mariage dissous, sans pouvoir être hypothéqué ni aliéné. Justinien, à leur avis, ne fait qu'étendre à la veuve pauvre et non dotée les termes de ce rescrit, et c'est à cette disposition que se réfère la novelle 53. La novelle 117, reproduisant des dispositions législatives données par des lois précédentes, doit naturellement s'expliquer par elles. Au reste, d'après la loi 8, § 7, C., *De repud.*, qui a servi de modèle à Justinien pour ses rescrits, la mère injustement répudiée peut tester sur la portion qu'elle a prise dans les biens de son mari, et la laisser selon son gré à l'un quelconque de ses enfants

(1) *Magazin*, III, p. 359. — *Ziv. Arch.*, XXII, p. 1 — *Heidel Jahrb.*, p. 766.

(2) Hunger, *Das roemische Erbrecht*, p. 430; Wening, *Lehrb.*, § 434; Schweppe, *Handbuch*, V, 973.

Digitized by Google

ou à plusieurs, ou à tous. Le droit de la veuve est donc plus considérable qu'un droit d'usufruit puisque tant qu'elle vit, elle peut disposer en faveur de l'un quelconque de ses enfants de la totalité de cette part, ce qu'elle ne pourrait pas faire si les enfants avaient la nue-propriété de sa part. Il est vrai d'un autre côté, et c'est en cela que son droit se rapproche d'un droit d'usufruit, qu'elle doit conserver sa part à ses enfants, mais à cela se borne la restriction que lui impose la loi, et elle n'en reste pas moins libre de disposer de ses biens en faveur de qui bon lui semble d'entre eux. Bien plus, si l'un de ses enfants vient à mourir, il meurt sans avoir acquis aucun droit à la part de sa mère, et ses héritiers ne trouveront dans sa succession aucun droit à cette part. S'ils meurent tous avant elle, son droit ne recevra plus aucune restriction, et elle pourra disposer de ses biens comme bon lui semblera. Ce n'est donc pas un droit d'usufruit qu'elle a, mais un droit de propriété. Il est vrai que ce droit de propriété est restreint s'il y a des enfants, mais il n'en subsiste pas moins et ne saurait être assimilé à un droit d'usufruit.

Malgré l'autorité qui s'attache aux noms des auteurs que nous avons cités, nous ne croyons pas devoir accepter leur théorie, et nous préférons nous ranger à l'opinion de leurs adversaires. Les termes qu'emploie Justinien sont absolument formels : « *ut usum solum habeat, dominium autem filiis servetur* », et la relation historique ne peut suffire pour nous faire admettre qu'il s'agisse là d'un droit de propriété pour la veuve, à la charge pour elle de conserver à ses enfants les

Digitized by Google

biens qu'elle a reçus. Et si l'on nous objecte que la novelle 117 est une véritable innovation, nous ferons remarquer avec M. Morillot (1) : « qu'il n'y a rien là qui doive nous surprendre, puisque cette loi s'annonce elle-même comme une loi réformatrice : *ut præsenti melius utramque legem disponentes, sancimus*, etc... Cette innovation est d'ailleurs parfaitement conforme au développement historique, qu'a suivi le droit des parents, dans d'autres matières, telles que celles des biens adventices, et des *lucra nuptialia*, quand l'époux survivant à qui ils appartiennent se remarie. Dans toutes ces théories, le parent avait d'abord la pleine propriété de ces biens, sous l'obligation de conserver cette propriété pour ses enfants; plus tard, au contraire, on ne lui accorda plus que l'usufruit, et la propriété advint aux enfants. Il est naturel que le droit successoral de la veuve pauvre ait suivi une marche analogue. »

Ne serait-il pas étrange, au reste, que Justinien ait gardé le silence sur le droit qu'aurait la veuve, investie expressément d'un simple droit d'usufruit, de disposer néanmoins de la pleine propriété au profit de l'un de ses enfants. Cette faculté nécessitait à nos yeux une disposition formelle de Justinien, et on ne saurait l'adopter comme découlant implicitement de la constitution de Théodose et Valentinien.

Les mots *dominium autem illis filiis servetur* viennent encore fortifier notre opinion, car ils impliquent l'idée

(1) Condition juridique de l'époux survivant au point de vue des dispositions entre époux et de la succession *ab intestat*, p. 203 et suiv.

Digitized by Google

d'un droit de propriété attribué immédiatement aux enfants, se transmettant à leurs héritiers, et nullement subordonné à leur survie à leur mère.

Que décider dans le cas où la veuve se trouve en présence d'enfants communs et d'enfants nés d'un précédent mariage de son époux ? Justinien n'a pas tranché la question et devant cette absence de textes plusieurs opinions se sont produites. Les partisans du système que nous venons de combattre, admettant que la femme a la propriété de sa portion, décident qu'elle a l'obligation de la conserver exclusivement à ses propres enfants. Ceux qui admettent au contraire qu'elle n'a qu'un droit d'usufruit se divisent sur le cas qui nous occupe. Les uns attribuent proportionnellement cette propriété aux enfants communs et à ceux du lit précédent. Les autres la réservent exclusivement aux enfants communs. D'autres enfin accordent à la veuve un droit de propriété, si elle concourt avec des enfants d'un lit précédent, et un droit d'usufruit, si elle se trouve en présence d'enfants communs.

Nous sommes d'avis que cette propriété appartient proportionnellement aux enfants communs et à ceux du lit précédent. La novelle ne distinguant pas entre eux, il nous semble que le raisonnement conduit à adopter cette solution. Que veut en effet le législateur ? Sauvegarder l'intérêt des enfants et, en même temps, assurer à la veuve une situation décente dans le monde. Et dans quel cas cet intérêt a-t-il besoin d'être entouré des plus grandes précautions ? Précisément dans celui où la veuve se trouve en présence d'enfants auxquels elle

Digitized by Google

n'est rattachée par aucun lien d'affection et dont elle est même éloignée par des souvenirs, qu'il lui est bien difficile d'écarter. Est-il douteux que le législateur ait en vue la sauvegarde des intérêts de ces enfants ? Non certes, puisque dans notre pensée du moins, c'est justement cette idée qui ne fait accorder à la veuve qu'un droit d'usufruit.

Une autre question se présente à propos de la nature de ce droit de la veuve. Nous avons vu que l'intention du législateur était qu'elle recueillît toujours un quart des biens de son mari, sans que cette part pût jamais excéder cent livres d'or. Peu lui importe que ce soit à titre de légataire ou de donataire qu'elle ait reçu cette quarte. Si elle l'a, elle n'a plus rien à voir dans la succession de son mari; mais si elle n'a rien reçu ou seulement une portion insuffisante, à quel titre va-t-elle venir à cette succession de son mari ? Comme héritière ou seulement par une *condictio ex lege ?*

Les conséquences de cette question ne sauraient échapper, car elles sont considérables. Vient-elle comme héritière ? Elle pourra intenter la *petitio hereditatis* ; elle devra faire adition d'hérédité sous peine de voir, pour ses héritiers, son droit anéanti, si elle vient à mourir, avant de l'avoir faite ; sa pauvreté devra persister jusqu'à l'adition, sans avoir cessé un seul instant depuis la délation jusqu'à l'adition de l'hérédité ; elle aura le *jus accrescendi* ; etc... A-t-elle seulement une *condictio ex lege ?* Cette action née au moment même du prédécès du mari est transmissible aux héritiers de la femme, sans qu'elle ait eu besoin de manifester sa volonté ; sa

Digitized by Google

pauvreté a seulement besoin d'exister au moment de la délation d'hérédité ; elle n'a pas enfin de droit d'accroissement.

C'est la première de ces théories qui nous semble préférable. Les termes de la novelle 53 sont bien explicites: « *Secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit.* » Ils disent expressément qu'elle sera héritière, et on ne saurait en déduire, comme veulent le faire nos adversaires, qu'elle devra simplement supporter une part proportionnelle du passif héréditaire à la part qu'elle est appelée à recueillir. Mais, nous objecte-t-on, la novelle 117 assimile le cas où la femme a été répudiée sans cause à celui où elle survit à son mari. Or, dans le cas de répudiation sans cause, on ne saurait prétendre que la femme est héritière de son mari ; c'est seulement par une action personnelle qu'elle vient réclamer la part que la loi lui attribue. Nous ne prétendons pas qu'il n'en soit ainsi dans le cas de répudiation, mais nous soutenons qu'en cas de prédécès, les mots: « *heres exstiterit* », lui confèrent le titre d'héritière. On a prétendu aussi qu' un droit d'usufruit ne saurait concorder avec le titre d'héritier. Mais ne peut-on être appelé à un droit d'usufruit soit par legs, soit *ab intestat*, aussi bien qu'à un droit réel ; et la qualité d'héritier ne peut-elle se trouver dans les deux cas ? Cette quarte enfin ne présente-t-elle pas une grande analogie avec la quarte Antonine, et celui qui recueillait cette quarte n'était-il pas considéré en quelque sorte comme un héritier, puisqu'il y était appelé par l'action *familiæ erciscundæ utilis ?*

Digitized by Google

Section III. — La novelle de Léon le Philosophe.

Le droit successoral entre époux subit une dernière modification après Justinien. Elle est due à Léon le Philosophe qui, dans sa novelle CVI, réglementa à nouveau la matière.

Du droit d'usufruit de la veuve pauvre et non dotée de Justinien, il fait un droit de propriété, et les termes qu'il emploie à cet effet viennent encore fortifier la théorie que nous avons soutenue précédemment sur la nature de ce droit de la veuve : « *Quod quæ mulieres inopes (id quod non rarum est) locupletibus viris matrimonio junguntur, hæ illis defunctis provenientem ex ipsorum bonis portionem (provenit autem, si pauciores quatuor liberi sint, cognominis esti numero portio, quadrans nempe : sin tot aut plures, quantum quisque illorum habet), non in perpetuum dominium, neque ut de illa testari possint : sed ad vitam in usumfructum tantummodo, et, ut inde vitam sustentent, accipiant : et ipsis mortuis in liberos hujus portionis dominium transferatur, neque illis rebus suis utendi quomodo velint potestas concedatur extra quam si nulli liberi supersint, quod infortunium illas rerum dominio beet : ut haud sciam utrum mulier ex se fructum videre prœoptet, an vero ne nascatur aliquis, quod devolvendæ ad ipsam portionis domina fiat, execrabunda precetur.* HANC VERO ABSURDITATEM IMPERATORIA NOSTRA MAJESTAS CORRIGENS, *sancit, ne istius portionis dominium*

Digitized by Google

mulieri auferatur, utique ipsa quomodo visum sit, de illa statuat, et nihil aliud liberis quam quod ex Falcidia ipsis competit, debeatur: tamen, ut priorum nuptiarum illa non obliviscatur, neque inducto altero marito prioris toro contumeliam inferat : quod si contingat, a nobis attributo dominio prorsus excidet : illaque fato functa liberi rerum domini fient. » Léon le Philosophe indique donc bien qu'avant lui la veuve n'avait qu'un droit d'usufruit, qu'il transforme en un droit de propriété ; c'est bien là la théorie que nous avons développée.

Comme précédemment la part qu'il attribue à la veuve est une part virile en face de trois enfants ou plus, et une quarte au-dessous de ce nombre. La modification qu'il introduit, modification très grave en vérité, est que, même en présence d'enfants, elle pourra absolument à son gré disposer de sa part. Son droit de disposition est entier, définitif, et n'est grevé d'aucune obligation même en faveur de ses enfants. Toutefois, et l'influence chrétienne si défavorable aux seconds mariages se fait encore sentir là, dans le cas de convol, elle perd son droit de propriété, afin d'empêcher qu'elle ne vienne par ce second mariage faire outrage au lit de son premier mari, dit l'Empereur : « *Ut priorum nuptiarum illa non obliviscatur, neque inducto altero marito prioris toro contumeliam inferat: quod si contingat a nobis attributo dominio prorsus excidet: illaque fato functa liberi rerum domini fient.* »

Digitized by Google

Section IV. — Résumé et examen du droit successoral au Bas-Empire.

En résumé, dans le dernier état de la législation romaine, le droit successoral du conjoint survivant se réduit aux principes suivants : la loi ne donne au mari aucun droit de succession ; quant à la veuve, à la condition qu'elle soit pauvre, non dotée, et que son mari soit riche, elle prend une part dans la succession de ce dernier ; cette part, si elle se trouve en présence d'enfants, elle la prend en usufruit sous Justinien et en propriété à partir de Léon le Philosophe ; elle la prend à toute époque en propriété si elle se trouve en présence d'autres héritiers que ses enfants ; sa quotité varie suivant le nombre des enfants ; elle est d'un quart des biens du mari, s'il y a moins de trois enfants, et d'une part virile, s'il y en a ce nombre ou plus.

Là encore, nous trouvons ces anomalies si fréquentes dans la législation romaine. Si le droit de la femme est le même dans le cas de prédécès du mari ou dans celui de la répudiation injuste, le droit du mari varie suivant qu'il y a divorce ou prédécès de la femme. Dans le premier cas, la loi 11, C., *De repudiis*, lui accorde un quart du patrimoine de l'épouse qui lui fait subir un divorce injuste, sans avoir égard au nombre des enfants, le soumettant seulement, s'il y a des enfants, à l'obligation de conserver la propriété de sa quarte et de la remettre à ses enfants à sa mort ; tandis que dans le second, il n'a aucun droit sur la succession de son épouse prédécédée.

Digitized by Google

Que l'époux soit moins bien traité que l'épouse, cela se conçoit, car l'époux pourra, par son travail, se créer pour vivre des ressources que la femme se procurerait plus difficilement ; mais, qu'il soit bien moins traité en cas de prédécès de sa femme qu'en cas de répudiation injuste, cela semble bizarre.

Quant à la femme elle eut, dans le cas où elle en avait le plus besoin, c'est-à-dire lorsqu'elle était pauvre et non dotée, une part dans la succession de son mari. En cela la législation romaine nous paraît meilleure et plus équitable que la nôtre qui, inflexible dans sa rigueur pour le conjoint survivant, le relègue, qu'il soit riche ou pauvre, après les parents au douzième degré, auquel le défunt n'est rattaché que par des liens d'amitié souvent bien minimes. Le Christianisme avait plus d'influence sur le droit du Bas-Empire qu'il n'en a eu sur la rédaction de notre Code, et en s'inspirant plus que nos législateurs des idées de Jésus-Christ sur les relations que crée le mariage entre les époux, les législateurs romains surent établir des règles qui sauvegardaient la dignité de la veuve pauvre, après le décès de celui qui s'était lié à elle pour toute la vie.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

DE LA DOT, ET DE L'INFLUENCE DU MARIAGE SUR LES LIBÉRALITÉS ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES

Nous avons parcouru les gains de survie qui résultent pour les époux de la succession *ab intestat*. Ce sont les seuls qui rentrent directement dans le cadre de notre étude. Elle ne serait pas complète cependant, si nous ne jetions un rapide coup d'œil sur la dot et les libéralités entre-vifs ou testamentaires, qui viennent modifier les relations pécuniaires entre époux. Nous allons donc examiner, en quelques mots, dans une première section, l'influence que peuvent avoir sur ces relations les diverses sortes de dots, dans une seconde, celle des donations, et dans une troisième celle des libéralités testamentaires. Dans une quatrième enfin nous aurons à considérer l'effet produit sur ces divers gains de survie par les lois caducaires, les seconds mariages et l'édit *de alterutro*.

Observons, avant de passer en revue ces divers gains de survie, certaines dispositions qui leur sont communes.

C'est d'abord qu'il n'y avait pas pour les époux, les

Digitized by Google

mêmes présomptions légales de survie, dans le cas où ils mouraient dans le même événement, que pour les ascendants et descendants. Dans l'impossibilité où on était dès lors d'établir le prédécès de l'un d'eux, on agissait, comme s'il n'y avait eu d'espérance de gain de survie d'aucun côté. — (*Sic* : la L. 34, § 14, D., *De donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1, où Ulpien décide dans ce sens, ainsi qu'une sentence de Paul, que l'on trouve dans la L. 8, D., *de rebus dub.*, XXXIV, 5, et Sent., II, 23, 5, et une décision de Marcien, L. 26, D., *De mort. causa donat.*, XXXIX, 6.)

Observons enfin que l'époux qui avait donné la mort à l'autre était déchu de ses droits de survie, qui n'existaient jamais sans qu'il y ait eu de *justæ nuptiæ*.

Observons encore que jusqu'à Justinien certaines rétentions purent être exercées par le mari au cas où il devait rendre la dot.

Section I. — De la dot

Nous n'avons pas à nous occuper des divers modes de constitution de la dot, pas plus que de son administration, ni des modes de restitution. Nous n'avons à ne l'envisager que comme gain nuptial, et, à cet effet, nous devons examiner successivement les diverses sortes de dots que l'on rencontre dans la législation romaine.

§ I. — *De la dot profectice*

La dot était dite *profectice* lorsqu'elle était constituée

Digitized by Google

par le père de la femme ou un autre ascendant paternel. Elle appartenait au mari pendant le mariage, mais devait être rendue au père à sa dissolution, quel qu'en fût le mode. Cependant, au cas de prédécès de la femme, le mari retenait un cinquième par enfant né du mariage.

Il y avait en outre deux cas où le mari avait un véritable gain de survie :

1° Lorsqu'il survivait au père et à la fille ; il gagnait alors la dot, même en l'absence d'enfants ;

2° Et lorsqu'au moyen d'une pacte, antérieur ou postérieur à la constitution de dot, il avait été convenu que le mari survivant à la femme conserverait la dot.

Le père pouvait enlever au mari l'espoir de ces gains de survie en stipulant *in continenti* le retour de la dot à son profit.

Les progrès de la législation laissèrent intacts ces principes.

§ II. — *De la dot adventice.*

La dot adventice était celle qui était constituée par tout autre personne qu'un ascendant paternel de la femme et la femme elle-même.

Contrairement à ce qui avait lieu pour la dot profectice, le mari la gagnait par sa survie à la femme, à moins de convention contraire : « *adventitia dos semper apud maritum remanet, nisi is qui dedit ut sibi reddetur stipulatus sit,* » nous dit Ulpien, Reg., VI, § 3. La survie de la femme ne lui faisait même pas toujours acquérir la dot. Si elle mourait à son tour

Digitized by Google

avant d'avoir intenté son action *rei uxoriæ*, celle-ci ne se transmettait point à ses héritiers, et les héritiers du mari gardaient la dot. Cependant si elle avait stipulé la restitution de sa dot adventice, ses héritiers, même au cas de son prédécès, avaient pour la répéter l'action *ex stipulatu*.

Tel était le droit à l'époque des jurisconsultes. Justinien innova en cette matière comme en tant d'autres, et désormais le mari ne gagna plus la dot que s'il y avait eu une convention formelle en sa faveur. En l'absence de convention, la femme fut toujours censée avoir stipulé la répétition de sa dot. Elle avait à cet effet l'action *ex stipulatu*, qui n'avait point besoin d'avoir été introduite par elle pour passer à ses héritiers.

§ III. — *De la dot réceptice*

Il ne saurait être question ici de gain de survie, car comme son nom l'indique, cette dot devait toujours faire retour à celui qui l'avait constituée ou à ses héritiers.

Section II. — Des donations entre époux.

Dans la crainte que « les époux ne vinssent à se dépouiller inconsidérément dans l'excès de leur affection l'un pour l'autre » (1), les donations entre époux furent rigoureusement défendues à Rome, à partir du moment où la *manus* tomba en désuétude. Avant cette époque, en effet, on n'avait pas les mêmes craintes à avoir, puisque la plupart des femmes n'avaient rien à donner

(1) Ulpien-L. 1, D., *De donat. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

Digitized by Google

et ne pouvaient rien acquérir par elles-mêmes. On admit cependant les donations qui n'appauvrissaient pas le donateur et aussi celles qui n'enrichissaient pas le donataire. On admit aussi celles faites *honoris*, *exilii* ou *divortii causa*.

Comme on interpréta la prohibition avec toute la douceur que comportaient les motifs qui l'avaient faite édicter, on admit aussi les donations anté-nuptiales, celles faites *mortis causa*, et on permit la confirmation des donations ordinaires par le décès du donateur mourant sans les avoir révoquées.

1° *Donations anté-nuptiales*. — Dès l'époque classique on rencontre une libéralité précédant le mariage, la *sponsalitia donatio*, qui échappe à la prohibition ordinaire, puisqu'elle n'est pas faite entre personnes unies par les liens du mariage. Elle était le plus souvent faite par le fiancé, mais n'était pas, à moins de convention expresse, subordonnée au mariage, en ce sens qu'elle produisait un effet immédiat et irrévocable, même si le mariage n'avait pas lieu. Elle se transforma peu à peu, et la pratique, secondée par les constitutions impériales, chercha à établir une sorte de compensation entre la dot apportée par la femme et la donation fournie par le mari. La donation anté-nuptiale et la dot se trouvèrent réunies dans les mains du mari, *ad onera matrimonii sustinenda*, et furent subordonnées toutes les deux à la réalisation du mariage. Il fut décidé par Constantin que les deux époux auraient les deux apports comme gain de survie : le mari gagnait la dot et conservait la donation ; la femme gagnait la donation

Digitized by Google

et recouvrait sa dot. Une constitution de Léon et Anthémius décida, en l'an 468, que le gain de survie du mari dans la dot serait la mesure de celui de la femme dans la donation, mais que la parité serait dans les quantités et non dans les quotités. Justinien confirma cette constitution, et en combla les lacunes, (car elle n'édictait pas de sanction précise en cas d'inégalité), en décidant que la parité serait obtenue par l'abaissement de la quotité la plus forte au niveau de la plus faible. Il décida en outre que ces donations pourraient être faites non-seulement *avant* mais aussi *pendant* le mariage. C'était la conséquence d'une innovation de Justin qui avait permis d'augmenter la donation pendant le mariage. Désormais cette donation ne porta plus le nom de *donatio ante nuptias*, mais celui de *donatio propter nuptias*.

2° *Donations à cause de mort.* — Elles furent permises entre époux, de même que toute autre espèce de libéralités testamentaires. Ces donations subordonnées au prédécès du donateur ne pouvaient produire des effets immédiats, mais rétroagissaient au jour où elles avaient été faites, si la condition du décès s'accomplissait. C'est du moins ce qui semble résulter d'un texte assez obscur d'Ulpien, la L. 11, pr., D. XXIV, 1 (1). Mais l'interprétation de ce texte nous fait conclure aussi que cette rétroactivité ne s'accomplissait pas toutes les fois qu'elle eût été nuisible au donataire. Comme le testament, ces donations étaient entre époux

(1) M. Bufnoir — *Théorie de la condition en Droit romain*, p. 413.

Digitized by Google

parfaitement révocables, et elles étaient soumises à l'application de la loi Falcidie.

3° *Confirmation des donations ordinaires par le prédécès du donateur.* — Elle n'eut lieu qu'à partir d'un sénatus-consulte que les uns attribuent à Septime Sévère et les autres à Caracalla, et qu'il est plus juste à notre avis de faire remonter vers l'an 206 de J.-C., c'est-à-dire au moment où régnait Septime Sévère, en même temps que son fils Caracalla était déjà associé à l'empire (1). Quoi qu'il en soit, c'est à partir du troisième siècle de l'ère chrétienne que le prédécès du donateur put confirmer une donation ordinaire. Il va sans dire qu'une telle donation était, comme un legs, réductible d'après la loi Falcidie.

Section III. — Des libéralités testamentaires entre époux

La révocabilité absolue des libéralités testamentaires fit que celles-ci furent toujours permises entre époux. On n'avait pas à craindre en effet que « l'excès d'affection n'amenât les époux à se dépouiller inconsidérément l'un en faveur de l'autre, » puisqu'il leur était toujours loisible de revenir sur une décision prise dans un moment de passion aveugle et irréfléchie.

Les libéralités testamentaires entre époux n'eurent pas de règles spéciales. Elles restèrent soumises au droit commun, et s'en écartèrent seulement en quelques points. C'est ainsi que les institutions d'héritiers furent réglementées par la loi Voconia, qui ne permit pas aux

(1) En ce sens, M. Boissonnade, *Histoire des droits de l'époux survivant* p. 91.

Digitized by Google

femmes d'être instituées héritières par un testateur ayant plus de cent mille as. Cette loi s'appliqua sans doute aussi aux legs, qui, entre époux, offrent souvent cette particularité d'être du montant de la dot.

Section IV. — Influence des lois caducaires, de l'édit de alterutro et des seconds mariages, sur les gains de survie.

§ I. — *Lois caducaires.*

Dans le but de pousser au mariage et à la procréation légitime, deux lois, qui punissaient le célibat et la stérilité par une incapacité complète ou partielle de recueillir les libéralités testamentaires et récompensaient la paternité par l'attribution privilégiée des dispositions ainsi atteintes et de certaines autres qui échappaient à leurs destinataires, furent rendues sous Auguste. La première, est la loi *Julia de maritandis ordinibus,* de 757, la seconde la loi *Papia Poppœa*, rendue en 762.

Faites expressément pour les dispositions testamentaires, elles ne tardèrent pas à être appliquées à certains des gains de survie que nous venons d'examiner.

Les successions *ab intestat* y échappèrent, conformément au droit commun. Mais elles furent étendues aux donations à cause de mort qui ressemblaient aux legs et aux donations entre vifs non révoquées et confirmées pas le prédécés du donateur, qui depuis Caracalla valaient comme donations à cause de mort.

La dot, quand elle était acquise par le mari y était aussi soumise; quant au contraire, la femme la recou-

Digitized by Google

vrait par sa survie, elle ne devait pas subir de réduction puisque, s'il s'agissait là d'un avantage, on ne pouvait cependant y voir une acquisition,

Quant aux donations à cause de noces, elles n'y furent pas soumises non plus, car, tant qu'elles furent indépendantes de la survie, elles n'eurent aucun des caractères qui soumettaient aux lois caducaires les acquisitions gratuites subordonnées au décès de celui dont provenaient les biens, et lorsqu'elles s'acquirent comme la dot, les lois caducaires étaient sur leur déclin et bien près de leur abolition, qui fut prononcée par Honorius et Théodose II.

Les peines du célibat ne pouvaient frapper les époux, mais celles de l'*orbitas* les atteignaient. Elles étaient même plus fortes dans certains cas que celles qui frappaient les étrangers. C'est ainsi qu'ils ne pouvaient recevoir l'un de l'autre, en vertu du mariage seul, qu'un dixième, plus l'usufruit du tiers des biens dont ils étaient privés par l'absence d'enfants, tandis que des étrangers mariés mais sans enfants pouvaient recevoir par testament la moitié de la libéralité qui leur était destinée, (Ulp., Reg., XV, *de Decimis*, pr., et § *Præter*). La présence d'enfants, au lieu d'écarter, pour l'homme au moins, la peine de l'*orbitas*, même n'y en eût-il qu'un, ne produisait cet effet qu'autant que l'enfant était commun ou né de ce mariage : et si l'enfant était d'un premier lit, il ne donnait à l'époux qu'une capacité d'un dixième.

Le père avait un double privilège, celui de ne pas perdre sa libéralité et celui de gagner celles que per-

Digitized by Google

daient les *cœlibes* et les *orbi* (*jus caduca vindicandi*). La femme pour ne pas encourir de déchéances comme *orba*, devait avoir le *jus liberorum* et n'avait probablement pas le *jus caduca vindicandi*.

Les règles XV et XVI d'Ulpien nous indiquent les cas dans lesquels les époux avaient la *solidi capacitas;* c'était :

1° Quand l'époux avait neuf enfants existants d'un précédent mariage ; chaque enfant lui donnant un dixième, et le mariage un autre dixième, il recueillait la totalité de la libéralité ;

2° Quand il y avait trois enfants communs décédés après le *nominum dies* ;

3° Ou deux enfants communs morts à l'âge de trois ans ;

4° Ou un enfant commun mort pubère ;

5° Ou un enfant commun né dans les dix-huit derniers mois avant sa puberté ;

6° Ou un enfant commun actuellement vivant ;

7° Ou un enfant commun posthume né dans les dix mois de la mort du mari ;

Ou bien encore, en l'absence d'enfants :

8° Quand le mari était absent pour le service public ;

9° Quand les époux étaient cognats au sixième degré ;

10° Quand la femme n'avait pas atteint vingt ans et le mari vingt-cinq ;

11° Quand, étant mariés, ils avaient, la femme cinquante ans et le mari soixante ;

12° Quand ils avaient obtenu du Sénat ou du Prince le *jus liberorum*,

Digitized by Google

§ II. — *Édit de alterutro.*

Cet édit eut pour but d'obliger la femme à choisir entre son action *rei uxoriæ* pour le recouvrement de sa dot, et les libéralités testamentaires, institutions d'héritier, legs, fidéicommis et, peut-être, les donations à cause de mort et les donations entre-vifs confirmées depuis Caracalla.

Mais quand la femme avait stipulé la reprise de sa dot, elle pouvait cumuler l'action *ex stipulatu de dote* avec l'action *ex testamento* ou toute autre voie tendant à obtenir les libéralités à cause de mort dont son mari l'avait gratifiée. Aussi quand Justinien eut transformé l'action *rei uxoriæ* en action *ex stipulatu*, et qu'il eut accordé à la nouvelle action le cumul dont nous venons de parler, l'édit *de alterutro* perdit presque toute sa force. Toutefois, Justinien mit cette restriction à ce cumul, que si le legs fait à la femme n'était qu'une compensation de sa dot, elle n'obtiendrait encore que sa dot par l'une ou l'autre voie.

§ III. — *Seconds mariages.*

Autant les mariages successifs avaient été favorisés pendant les premiers temps de Rome dans l'intérêt de l'accroissement de la population, autant ils furent atteints sévèrement par les empereurs chrétiens.

En 380, les empereurs Théodose Ier et Valentinien II décidèrent que la veuve qui se remarierait dans les dix mois de deuil ne pourrait donner en dot à son nouvel

Digitized by Google

époux plus d'un tiers de ses biens ; elle ne pouvait lui laisser plus du même tiers par donation à cause de mort ou par testament.

Deux ans plus tard, Gratien, Valentinien II et Théodose Ier, dans leur constitution *Feminæ quæ* ordonnèrent que la veuve remariée conservât intégralement à tous les enfants du premier mari, ou à celui d'entre eux qu'elle choisirait, tous les gains que sa survie à son mari lui avait fait acquérir.

En 444, cette disposition fut étendue aux hommes veufs par la constitution *Generaliter* de Théodose II et Valentinien III, qui dispensa en outre les enfants d'être héritiers du prémourant pour jouir du bénéfice qu'elle leur donnait. Il leur suffit désormais d'être héritiers du survivant.

En 469, une autre constitution de Léon et Anthémius limita à une part d'enfant le moins prenant ce dont l'époux se remariant pourrait disposer en faveur de son nouveau conjoint. Si cette portion avait été excédée, la réduction devait être opérée au profit des enfants du premier mariage.

Justinien modifia la plupart de ces constitutions. Il enleva, entre autres dispositions, au survivant remarié le droit que lui laissait les constitutions *Feminæ quæ* et *Generaliter* de choisir parmi les enfants du premier lit ceux qui bénéficieraient des biens réservés, (nov. XXII, ch. xxv.) La nov. II, ch. ii, déclara aussi que les aliénations de ces biens réservés seraient révoquées par le convol, quoiqu'elles lui fussent antérieures. Le ch. xxx de la même novelle étendit ces dispositions au cas de

Digitized by Google

divorce, et le ch. XXVI n'exigea même plus, que les enfants fussent héritiers même d'un seul de leurs auteurs, pour recueillir les gains nuptiaux du premier mariage. C'est lui aussi qui fit profiter les descendants des enfants, au cas de prédécès de leur auteur, de ces gains nuptiaux.

Digitized by Google

CHAPITRE V

RÉSUMÉ ET EXAMEN DU DROIT SUCCESSORAL ENTRE ÉPOUX EN DROIT ROMAIN

Comme nous l'avons observé dans chacun des trois premiers chapitres de cette étude, le droit successoral *ab intestat* entre époux suivit le mouvement des mœurs, et subit l'influence des liens plus ou moins étroits que le mariage créa entre les époux.

Alors que la famille est fortement constituée, que l'autorité de chacun de ses membres s'absorbe dans celle du père de famille, le mariage ne saurait créer des droits de succession pour celui qui est appelé à exercer cette magistrature du foyer ; mais, de même qu'il acquiert tout ce que gagnent ceux qui sont sous sa puissance, de même il acquiert par la *conventio in manum*, si elle a lieu, tout ce que l'épouse possède ou possèdera, à cause des liens de puissance que crée précisément cette *manus*. La femme n'a pas à cette époque le rang qu'elle devrait tenir dans la famille ; elle n'est considérée au point de vue successoral que comme la fille de son mari, et ce sont les droits d'une fille qu'elle a dans la succession de celui-ci ; tout cela à la condition d'être *in manum*, car

Digitized by Google

sans cette *capitis deminutio* aucun lien ne la rattache à son époux.

Les mœurs se sont relâchées, la *manus* a disparu, le divorce est devenu fréquent, les rapports pécuniaires entre époux vont changer.

« La puissante constitution de la famille, écrit M. Morillot (1), ne tint pas longtemps devant l'effort de la démocratie; l'aristocratie dans la famille correspondait à l'aristocratie dans la République ; et quand l'une disparut, l'autre dut disparaître. Ce que les démagogues avaient commencé, les Empereurs l'achevèrent. Ces deux sortes de despostes sentaient instinctivement que leur pouvoir serait toujours bâti sur le sable et la terre mouvante, tant que le père de famille resterait juge, pontife et roi, dans l'enceinte sacrée de la *domus*. Ce seuil infranchissable leur parut indispensable à franchir, pour faire pousser jusque sous les cendres du foyer les racines de leur pouvoir. C'est ainsi que la famille aristocratique, qui opposait en la personne de chaque chef de famille comme un rival à l'État ou à l'Empereur, reçut le coup de grâce des Empereurs, tous grands révolutionnaires depuis César. La femme détacha donc sa personnalité de celle du mari, et, dès lors, elle perdit ses droits de succession comme fille. En acquit elle quelques nouveaux comme femme ? Oui, mais ces droits étaient bien inférieurs ; ils lui devinrent communs avec son mari, qui n'en avait point eu jusqu'alors. Ces droits successoraux ne furent pas

(1) *Loc. cit.*, p. 190 et suiv.

Digitized by Google

octroyés à l'époux survivant par le droit civil, la parenté civile étant le fondement du droit de succession *ab intestat*, et tout lien de parenté civile ayant été brisé entre les époux, du jour où la *manus* avait disparu. L'époux fut réduit à un droit de succession prétorien, et encore ce droit ne lui fut-il que timidement octroyé. Le préteur avait besoin d'user ici de ménagements; il ne voulait ni ne pouvait faire violence à la loi civile, aux souvenirs aristocratiques de l'ancien droit. L'époux survivant fut relégué en dernière ligne ; il ne succéda que sous un titre emprunté, comme *bonorum possessor unde vir et uxor*. On voit combien précaire était son droit. »

Il faut descendre jusqu'au Bas-Empire pour trouver une réforme sérieuse en cette matière. Elle est due à l'influence chrétienne, qui a fait du mariage une union, une communauté sainte et indissoluble. Considérant la situation pénible qui est faite au conjoint pauvre et non doté, après la mort de celui qui lui était associé pour la vie, Justinien décida que le conjoint dans de telles conditions prendrait une part dans la succession du prédécédé. Revenant sur sa première décision, il limita à la veuve ce droit de succession, sous le prétexte que le mari par son travail pourrait toujours se procurer les ressources nécessaires à son existence. Léon le Philosophe fit de la part en usufruit accordée par Justinien une part en propriété, variant quant à sa quotité, suivant le nombre des enfants.

Tels sont les droits de succession entre époux que nous trouvons dans la législation romaine. Ils nous

Digitized by Google

sembleraient bien minimes, quoique supérieurs à ceux de notre droit moderne, si les dispositions conventionnelles entre époux n'avaient été fréquentes à Rome. Le testament était dans les mœurs romaines bien plus que dans les nôtres, et les Romains trouvaient dans son application un moyen commode de corriger la situation pénible qui pouvait être faite à leur conjoint après leur mort. Les constitutions de dot, les donations anté-nuptiales, les donations à cause de mort, les donations ordinaires confirmées par le prédécès du donateur, fréquentes dans le Droit romain, étaient encore des moyens toujours simples et souvent employés pour la réparation des inégalités de fortune entre époux. L'habitude, que l'on avait à Rome de se servir de tous ces gains conventionnels de survie, rendait moins nécessaires que chez nous les gains légaux de survie. Ceux-ci étaient cependant plus considérables à Rome que dans notre Code civil. Aussi la législation romaine semble-t-elle, en cette matière, bien meilleure que la nôtre à tous ceux qui, comme nous, désirent pour l'époux survivant une situation de fortune en rapport avec le rang qu'il tenait dans le monde du vivant de son conjoint.

Digitized by Google

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES

Nous venons de voir comment avaient été traités par les lois romaines les rapports successoraux entre époux ; il nous faut examiner maintenant quel sort ils subirent dans notre ancienne France.

Tandis que dans le Nord de la France, l'invasion germaine, ne se contentant pas de renverser tout l'édifice de la puissance romaine, s'imposa avec ses mœurs, ses coutumes, ses lois, dans tout le Midi, au contraire, l'élément romain demeura le plus fort et sut faire

Digitized by Google

accepter aux populations barbares qui se mêlèrent aux anciens vainqueurs de la Gaule les mœurs et les lois romaines. Deux législations différentes s'établirent donc dans notre ancienne France ; au Nord, dans les Pays Coutumiers, se développèrent les coutumes locales sous l'influence de l'esprit germanique et féodal ; dans le Midi, dans les Pays de Droit écrit, le Droit romain, modifié cependant en bien des points par les coutumes barbares et par le droit canonique, fut observé dans toute sa force et dans toute sa logique.

Aussi sommes-nous amenés à diviser cette partie de notre travail en deux livres. Dans le premier nous nous occuperons des Pays de Droit écrit, c'est-à-dire de ceux qui suivirent la loi romaine que nous venons d'étudier ; dans le second nous examinerons comment les Coutumes du Nord de la France surent règler les droits successoraux entre époux.

Digitized by Google

LIVRE PREMIER

PAYS DE DROIT ÉCRIT

GÉNÉRALITÉS

Les droits successoraux entre époux dans les pays de droit écrit portent le nom générique de *gains de survie.* Les uns sont de véritables droits de succession ; les autres ne sauraient mériter ce nom. Parmi eux, certains résultent de la loi, tandis que d'autres tirent leur existence de la convention. Nous verrons que les uns sont particuliers à la femme et les autres au mari, tandis que certains sont communs à l'un et à l'autre. Nous constaterons enfin que les règles de chacun varient selon les provinces, et selon les époques.

Tout cela montre qu'il est bien difficile de faire un classement parmi eux. Nous les étudierons donc succes-

Digitized by Google

sivement dans un titre Ier ; dans le titre II nous examinerons les règles qui leur sont communes. Nous les résumerons et nous les apprécierons dans le titre III.

Digitized by Google

TITRE PREMIER

DES DIVERS GAINS DE SURVIE

CHAPITRE PREMIER

DE LA DOT, DE L'AUGMENT ET DU CONTRE-AUGMENT DE DOT

Section I. — De la dot.

Sans distinguer, comme l'avaient fait les Romains, entre la dot profectice et la dot adventice, la femme qui survivait à son mari avait, comme premier avantage, celui de reprendre sa dot, sans qu'il y ait eu aucune stipulation à cet effet, contre les héritiers du mari, fussent-ils ses propres enfants.

Section II. — De l'augment de dot.

Mais en outre de cette reprise de sa dot, « pour l'aider à s'entretenir pendant son veuvage, selon sa qualité », nous disent les anciens auteurs, on accordait à la femme survivante une portion des biens du mari, réglée selon la quotité de la dot et l'usage du lieu où les époux étaient domiciliés. Cette part, qui lui était donnée en usufruit en présence d'enfants, est généralement connue

Digitized by Google

sous le nom d'*augment de dot*, quoiqu'elle porte parfois des qualifications différentes dans certaines contrées.

§ I. — *De sa nature.*

Ce gain nuptial, que la femme survivante prend en récompense et en proportion de sa dot sur les biens de son mari prédécédé, était établi tant en faveur des enfants que de la femme, car celle-ci n'en avait que l'usufruit, tandis que les enfants en gardaient la propriété. Cependant, si la femme survivante ne se remariait point, elle conservait la propriété, quoiqu'ayant des enfants, d'une part virile, c'est-à-dire d'une part d'enfant. Quand il n'y avait pas d'enfants du mariage, ou qu'ils décédaient tous avant leur mère, l'augment entier lui demeurait en pleine propriété.

Il était acquis du jour du contrat de mariage ou de celui de la célébration du mariage, s'il n'y avait point eu de contrat. Les biens du mari étaient affectés à son paiement, de telle sorte qu'ils ne pouvaient être aliénés ni hypothéqués au préjudice de la femme et des enfants. Les acquéreurs de ces biens ne pouvaient prescrire l'augment contre la femme et les enfants pendant la durée du mariage. L'augment était considéré comme un troisième genre de biens, en dehors des biens paternels et maternels ; en sorte que la renonciation des enfants à tous biens paternels et maternels ne comprenait pas la renonciation à l'augment. Il appartenait aux enfants, qu'ils fussent héritiers de leur père ou qu'ils renonçassent à sa succession. Il était soumis au retranchement de l'édit

Digitized by Google

des secondes noces. La mère devait survivre à son mari pour le transmettre à ses enfants.

§ II. — *Des pays où il était en usage.*

L'augment était surtout en usage dans les parlements de Toulouse, de Bordeaux, de Pau, de Grenoble, dans les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, Bugey, Gex et Valromey, quelques endroits de l'Auvergne et la principauté souveraine de Dombes.

Dans la Bresse, le Mâconnais et la Provence, on le rencontrait aussi quelquefois.

Il n'était généralement établi par aucune loi ni statut, et un long usage seul lui avait fait acquérir force de loi.

Il n'a été rédigé par écrit que dans deux coutumes, celle de la ville de Toulouse, confirmée en 1289 par Philippe-le-Bel, et celle de « *Bourdeaux, Guïenne et Païs Bourdelois,* » rédigée en 1521.

§ III. — *Des diverses sortes d'augments et de leur quotité.*

Il y en avait de deux sortes : l'augment légal ou coutumier, l'augment préfix ou conventionnel.

A. — Augment légal ou coutumier.

Cet augment était un gain nuptial de survie, que la coutume ou l'usage de certains pays accordait à la femme survivante, en récompense de sa dot, sur les biens de son mari défunt.

Lorsque la femme avait stipulé ce droit d'augment sans en fixer la quotité, elle le prenait tel qu'il était

Digitized by Google

réglé par la coutume ou l'usage des lieux. Mais dans certains pays il était nécessaire, pour que la femme pût profiter de l'augment, qu'il eût été stipulé, tandis que dans d'autres, pareille stipulation n'était point nécessaire. C'est ainsi que dans la *Coutume de la ville de Bourdeaux, Sénéchaussée de Guyenne, et Païs Bourdelois,* » celle de la ville de Toulouse, celle de la ville de Montauban, les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, Bugey, Valromey, Gex, la principauté souveraine de Dombes, il existait en dehors de toutes stipulations. Il en était autrement dans le reste du ressort du Parlement de Toulouse, la coutume générale d'Auvergne, les Parlements de Pau, de Grenoble, les provinces de Bresse et Mâconnais.

Sa quotité se règlait en quelques provinces selon la nature ou les forces de la dot, dans d'autres suivant l'état ou la qualité des conjoints.

Dans la coutume de Toulouse, il était de la moitié de la valeur de la dot, sans aucune distinction de la qualité des biens qui la composaient.

Par la coutume de Bordeaux, il se réglait non seulement en proportion de la dot, mais aussi eu égard à la qualité de la femme. La fille qui se mariait gagnait par sa survie à son mari le double de sa dot, tandis que la femme veuve en gagnait seulement le tiers.

Dans les provinces de Bugey, Gex et Valromey, il se règlait à proportion et suivant la nature de la dot. Celle-ci se composait-elle de valeurs certaines, par exemple de deniers? L'augment était de moitié. Se composait-elle au contraire de valeurs incertaines, par exemple de meu-

Digitized by Google

bles ou de denrées qu'il fallait estimer eu égard à la valeur qu'ils avaient lors de la constitution de la dot? L'augment était du tiers ou du quart de la valeur des biens. Dans le cas où la dot était de valeur tout à fait incertaine, et consistait en procès ou droits litigieux, si l'augment surpassait les forces des biens du mari, il n'en était point dû, à moins qu'il n'eût été réglé par contrat de mariage, ou que le mari n'eût traité de ces droits litigieux, ou n'eût pris des héritages ou autres effets en payement de ces droits. Dans cette dernière hypothèse il devait un augment qui était fixé *arbitrio boni viri*, après déduction des dettes et impenses nécessaires. Dans ces mêmes provinces il n'y avait d'augment que pour les filles, et point pour les veuves.

Dans les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, l'augment se réglait de même suivant la nature et les forces de la dot, mais avec certaines distinctions. Si la dot était en argent, il était de la moitié; si elle était en immeubles, il était du tiers de leur valeur; si elle était partie en argent et partie en immeubles, il était de la moitié de la somme d'argent et du tiers de la valeur des immeubles. Quand la dot était en meubles ou denrées, l'usage était discuté. Faber, dans son *Code, De donat. ant. nupt., déf.* 4, estime qu'il fallait les traiter comme des immeubles. Bretonnier, en ses *Observations sur Henrys* (t.I, liv., 6, ch. 2, quest. 8), rapporte deux arrêts contradictoires : l'un rendu en la 5e chambre des Enquêtes le 6 mars 1697, qui fixe l'augment à la moitié des meubles apportés en dot, et l'autre, rendu en la 1re chambre des Enquêtes le 1er sep-

Digitized by Google

tembre 1702, qui le fixe au tiers. Boucher d'Argis, dans son *Traité des gains nuptiaux*, propose, pour trancher la question, de distinguer si ces meubles ont été ou non estimés, soit par contrat de mariage, soit par quelqu'autre acte postérieur au mariage. Dans le premier cas, ils seront regardés comme une somme d'argent, et l'augment sera, par suite, de la moitié de leur valeur; dans le second, ils seront traités comme des immeubles et l'augment sera du tiers de la valeur qu'ils avaient lorsqu'ils sont échus, sans avoir égard à la diminution ou à l'augmentation survenue depuis. Cette décision nous paraît très judicieuse. Quand enfin la dot consistait en actions ou droits litigieux, l'augment n'était dû à la femme que si la somme était exigible au jour du mariage. Et même, si le mari venait à mourir sans avoir reçu le payement des dettes actives qui composaient la dot et sans qu'on pût lui imputer à cet égard aucune négligence, Bretonnier estime qu'il n'est dû dans ce cas aucun augment à la femme. Il en était autrement, si la dette, qui n'était pas exigible au temps du mariage, l'était devenue depuis. L'augment était dû alors de la même façon que si le mari était venu à recevoir quelque chose de la dot ou à en laisser perdre une portion par sa faute. Quelle était alors sa quotité? Auzanet, dans ses *Mémoires pour les conférences tenues chez M. le Premier Président de Lamoignon*, au titre *des douaires, habitations et augments de dot*, le fixe au tiers. A l'égard des successions, donations, legs universels ou particuliers échus à la femme pendant le mariage, il ne lui était point dû d'augment, si elle s'était réservée tous ses biens en

Digitized by Google

paraphernal ; mais si elle s'était constituée en dot tous ses biens présents et à venir, l'augment lui était dû et il se réglait en proportion des biens et suivant leur qualité. Mais que décider au cas où les successions ou legs échus à la femme depuis le mariage étaient si considérables, que l'augment qui lui était dû en proportion devait emporter tous les biens du mari ? Boucher d'Argis et Faber étaient alors d'avis de le régler, *boniviri arbitrio*, suivant la qualité des parties et la faculté du mari, bien plutôt que suivant la quotité des biens échus à la femme pendant le mariage. Il était juste, à notre avis, de décider ainsi, car, comme le faisaient observer ces auteurs, il était équitable de traiter différemment l'augment des biens apportés lors du mariage et celui des biens échus pendant le mariage, car les biens que la femme avait apportés en se mariant étaient certains, le mari en connaissait la quotité, pouvait calculer celle de l'augment qu'il était susceptible de devoir un jour, leurs fruits avaient servi à soutenir les charges du mariage depuis ses commencements, tandis qu'aucun de ces avantages ne se rencontrait pour les autres sur lesquels le mari n'avait pas dû compter.

Dans la principauté souveraine de Dombes l'augment était de la moitié de l'argent comptant et du tiers des immeubles.

Dans les Parlements de Grenoble, de Pau, dans la province d'Auvergne, dans celles de Bresse, Mâconnais Provence et autres lieux où l'augment n'était dû qu'en vertu d'une stipulation expresse, il n'y avait point de quotité coutumière due pour l'augment. La

Digitized by Google

femme ne pouvait prétendre dans ces pays pour augment, que la quotité réglée par le contrat de mariage.

B. — Augment préfix on conventionnel.

C'était celui dont la quotité était réglée par le contrat de mariage.

Il était en usage non seulement dans les pays où l'augment, quoique d'un usage ordinaire, n'avait lieu qu'en vertu d'une stipulation expresse, mais aussi dans ceux où l'augment était dû sans stipulation, parce que les contrats de mariage étaient susceptibles de toutes espèces de clauses, et que les conjoints avaient intérêt à régler par le contrat, de mariage l'augment d'une façon fixe et invariable.

Il pouvait être fixé comme bon semblait aux parties, et pouvait excéder l'augment coutumier ou être moindre que lui. On pouvait même renoncer par contrat de mariage à l'augment coutumier.

Si l'augment avait été fixé par le contrat de mariage, la femme n'avait droit qu'à ce qui avait été réglé par ce contrat, et les conjoints ne pouvaient, par ce même contrat, stipuler que le mari aurait la liberté d'augmenter ou de diminuer pendant le mariage l'augment de dot préfix qui avait été réglé par le contrat. C'est du moins le sentiment de Boucher d'Argis (1), qui est en contradiction sur ce point avec Despeisses, *tom. I, part. 1, tit. 13, du Mariage, sect. 5*

(1) *Traité des gains nuptiaux et de survie qui sont en usage dans les pays de droit écrit*, p. 42 et suiv.

Digitized by Google

n° 6, avec Guy-Pape, *question 363* et Ferrerius. Il reconnait toutefois qu'il y avait un cas où l'augment pouvait être établi pendant le mariage; c'était celui où la femme s'était constituée en dot tous ses biens présents et à venir, ou lorsqu'elle n'avait promis en dot que les biens que lui viendraient pendant le mariage.

Lorsque par contrat de mariage l'augment de la femme était fixé pour tout droit d'augment à une certaine somme, quoique cet augment n'eût été réglé qu'en considération des biens présents, et sans avoir en vue les biens à venir, la femme ne pouvait prétendre à aucun autre augment en raison des biens qui venaient à lui échoir pendant le mariage, à moins qu'il n'apparût que les conjoints en stipulant un augment préfix, n'avaient point eu l'intention d'exclure l'augment coutumier pour les biens dotaux à venir.

Comme l'augment coutumier, l'augment préfix appartenait de droit aux enfants, et la mère n'en avait que l'usufruit. — On se demandait cependant s'il était permis de stipuler que l'épouse survivante, même en présence d'enfants, aurait la propriété de l'augment aussi bien du préfix que du coutumier. Faber est d'avis que cette stipulation pouvait recevoir son effet (*Code, De donat. ant. nupt., défin., 6,*) et c'est aussi celui d'Expilly dans ses *Arrêts, ch.* 63, qui cite à l'appui de son opinion un arrêt en ce sens du Parlement de Grenoble, en date du 5 juillet 1566.

Digitized by Google

Section III. — Du contre-augment.

« Le contre-augment ou droit de rétention est un gain nuptial et de survie, usité dans quelques-unes des provinces de droit écrit, que le mari survivant retient sur la dot de la femme prédécédée, comme l'augment de dot accordé à la femme survivante se retient sur les biens du mari » (1).

§ I. — *De son origine.*

L'origine de ce gain de survie se trouve probablement dans l'ancien Droit romain, qui donnait dans certains cas un droit au mari sur la dot de sa femme prédécédée. Il ne vient pas en effet du droit coutumier, car elles sont bien rares les coutumes qui accordent au mari quelques droits sur les biens de leurs femmes, et c'est à peine si la coutume de Metz, *titre 6, art. 10*, nous conserve la trace d'un droit du mari survivant sur les « *meubles et acquêts de gagière* ».

Le contre-augment fut usité de bonne heure dans les pays de droit écrit, car nous en trouvons la trace dans les « coutumes de la ville et viguerie de Toulouse », confirmées en 1289 par Philippe le Bel, qui s'expriment ainsi *part., 3, De dotibus, art. 2 : « Item consuetudo est Tolosæ sive usus quod si uxor vel alius nomine ejus dedit dotem viro suo, quantacumque sit illa dos et uxor transducta præmoriatur, dictus maritus lucratur dotem et donationem propter nuptias, et inde potest*

(1) Boucher d'Argis, *loc. cit.*

Digitized by Google

dictus maritus facere suam voluntatem, nisi aliter actum fuerit inter ipsos. »

§ II. — *Des diverses sortes de contre-augment.*

Comme l'augment, le gain de survie qui en était la contre-partie, était de deux sortes : 1° coutumier ou légal, c'est-à-dire dû de plein droit et sans stipulation ; 2° préfix ou conventionnel, c'est-à-dire dû seulement lorsqu'il avait été stipulé par le contrat de mariage.

A. — Contre-augment coutumier.

Le contre-augment coutumier était usité dans la ville et viguerie de Toulouse, ainsi que dans le ressort du même Parlement, lorsque, par leur contrat de mariage, les époux avaient adopté la coutume de Toulouse pour régler leurs conventions matrimoniales.

L'article 18 des *Statuts de Montpellier* nous parle aussi d'un droit d'usufruit du mari survivant sur tous les immeubles constitués en dot à la femme: « *Res immobiles quæ in dotem viro traduntur, si præmoriatur uxor, vir debet uti et tenere in tota vita sua, nisi pactum in contrarium reclamaverit.* »

L'*Histoire de la ville de Montauban*, par *Le Bret*, nous parle d'un droit du même genre.

Ce gain de survie existait aussi dans la ville de Cahors, si nous en croyons Benoît dans ses *Commentaires*.

Les coutumes générales de la ville de Bourdeaux, sénéchaussée de Guyenne et païs Bourdelois reconnaissent l'existence du même droit, ainsi qu'un grand nom-

Digitized by Google

bre de coutumes locales d'Auvergne, telles que celles des lieux de Giniaux, de Sardon, de la Motade et Pressinhat, la prévôté de Cusset, etc.

Le contre-augment coutumier était dû au mari survivant, même lorsqu'il y avait des enfants communs du mariage, et, contrairement à ce qui avait lieu pour l'augment qui n'était dû à la femme qu'en considération et proportion de sa dot, le contre-augment était dû au mari, quoiqu'il n'eût aucun bien de son chef. Il était accordé au mari quand bien même il avait été stipulé que la femme n'aurait point d'augment. Il ne portait que sur les biens dotaux, et nullement sur les biens paraphernaux, à moins de convention contraire. Il était de la totalité de la dot, et le mari le gagnait en propriété, s'il n'y avait pas d'enfant, et en usufruit plus une part virile, dans le cas contraire. En cas de secondes noces, le second mari ne gagnait la dot de la veuve remariée que s'il n'y avait point d'enfants du précédent mariage, à cause de la loi *Hac edictali*, et se contentait alors d'une part d'enfant.

Même dans les pays où le contre-augment était dû de plein droit et sans stipulation, ou pouvait par contrat de mariage régler autrement le droit du mari, soit pour sa quotité, soit pour les cas où il s'exercerait. On pouvait le stipuler plus fort ou moindre que le coutumier; on pouvait convenir qu'il n'aurait pas lieu, s'il se trouvait des enfants vivants au moment du décès de la femme, etc. On pouvait aller jusqu'à établir que le mari n'aurait aucun gain sur la dot, ou, au contraire, qu'elle lui appartiendrait en toute propriété, même en présence d'enfants.

Digitized by Google

B. — Contre-augment conventionnel.

Le contre-augment préfix ou conventionnel était celui qui avait était stipulé par contrat de mariage.

En dehors des pays où existait en même temps le contre-augment coutumier, il était surtout usité dans les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, dans les parlements de Grenoble, de Pau et de Dombes.

On pouvait faire pour ce contre-augment telles conventions que l'on voulait.

§ III. — *Règles communes aux deux sortes de contre-augment.*

Il appartenait au mari survivant au préjudice des héritiers de la femme, et même au préjudice du père ou autres personnes qui avaient constitué la dot, bien que le constituant fût vivant au temps de la dissolution du mariage.

Dans le cas où le mari et la femme étaient morts dans le même événement, sans qu'il fût possible de savoir quel était celui qui était mort le premier, les héritiers du mari avaient le droit, si ce dernier avait reçu la dot, de retenir le contre-augment.

Lorsque la femme survivait à son mari, les héritiers du mari ne pouvaient prétendre de son chef aucun contre-augment.

Le mari n'était pas privé du contre-augment, s'il avait été obligé, à cause de sa pauvreté, de rendre la dot à sa femme pendant le mariage, ou si le mariage venait

Digitized by Google

à se dissoudre avant le terme qu'il avait accordé pour le paiement de la dot,

Charles Dumoulin, *Coutume de Bourgogne, art. 229*, cite cependant un cas où le mari était privé du contre-augment. C'est celui où il avait tué ou fait tuer sa femme, ou bien celui où il avait négligé de poursuivre la vengeance de la mort de celle-ci, lorsqu'elle avait été tuée par un autre que lui.

Le contre-augment acquis au mari se transmettait à ses héritiers, alors même qu'il venait à décéder avant de l'avoir recueilli.

CHAPITRE II

DES BAGUES ET JOYAUX

Section I. — Nature de ce gain de survie.

Il existait sous le nom de *bagues et joyaux* un autre gain de survie au profit de la femme.

C'était une sorte de reprise que le mari accordait à la femme en compensation des parures qu'il était dans l'usage de lui donner. Il est probable qu'il ne lui était dû que dans le cas où le mari avait omis de lui donner ces joyaux, et que, s'il lui avait effectivement donné

Digitized by Google

les objets de parure en question, la valeur de ceux-ci s'imputait sur la quotité du gain de survie dont nous parlons.

On ne trouve aucune loi ni aucune disposition de coutume qui établisse ce droit de bagues et joyaux. L'usage seul lui avait fait acquérir force de loi.

Section II. — Des diverses sortes de bagues et joyaux.

Dans les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, la principauté de Dombes, le don de bagues et joyaux était dû de plein droit, sans stipulation.

Au contraire dans les parlements de Bordeaux, Toulouse, Grenoble, Metz, les provinces de Mâconnais, de Bresse, de Bugey, en Provence, il n'était dû que lorsqu'il était expressément stipulé par le contrat de mariage.

Il y avait donc deux sortes de bagues et joyaux, les coutumiers, donnés en vertu de l'usage seul, et les préfix ou conventionnels, qui n'étaient accordés qu'en vertu et selon les termes du contrat de mariage.

§ I. — *Bagues et joyaux coutumiers.*

Leur quotité était variable selon les pays et selon la qualité des personnes.

Dans les provinces de Lyonnais, Forêts, Beaujolais, les bagues et joyaux dus à la femme étaient de la dixième partie de la dot, si le mari était noble ou vivant noblement, et de la vingtième, s'il était d'une condition tout à fait obscure.

Digitized by Google

Dans la principauté de Dombes, la quotité était de la cinquième partie de la dot pour les veuves des personnes illustres, « c'est-à-dire celles qui sont constituées en quelque dignité de la robe ou de l'épée, ou qui ont assez de degrés de noblesse pour pouvoir prendre la qualité de chevalier, à la différence des simples gentilshommes, qui ne peuvent prendre que la qualité d'écuyer, et pour lesquels et les nobles, les bagues et joyaux ne sont que la dixième partie de la dot. Pour les bourgeois, marchands, artisans et gens de campagne, ils sont de la vingtième partie de la dot (1). »

Cette distinction des nobles et des personnes illustres était suivie dans la Bresse et le Bugey, suivant le témoignage de Revel, p. 291, et de Collet, p. 175, col. 1.

Pour que la mère recueillît les bagues et joyaux coutumiers, elle devait survivre à son mari. Ils étaient de droit après sa mort réversibles à ses enfants, à l'exception d'une part virile, dont elle gardait la propriété. On pouvait cependant convenir que cette réversibilité n'aurait pas lieu.

§ II. — *Bagues et joyaux conventionnels.*

Il était permis de faire à leur égard les stipulations les plus variées.

Ils pouvaient être stipulés plus forts ou moindres que les coutumiers. On pouvait convenir qu'ils ne feraient pas retour, même en présence d'enfants, qu'il n'y en aurait point, etc.

(1) Boucher d'Argis, *loc., cit.*

Digitized by Google

Quand le futur donnait à sa fiancée une certaine somme pour ses bagues et joyaux, sans s'expliquer davantage, on s'en rapportait pour leur *quantum* et leurs conditions, à l'usage du lieu.

La femme devait, bien entendu, survivre pour les gagner, et ne pouvait, à moins de dispositions contraires, en disposer au préjudice de ses enfants.

On pouvait aller jusqu'à convenir qu'elle pourrait disposer de ses bagues et joyaux en cas de survie, qu'elle se remariât ou non, qu'il y eût ou non des enfants. On permettait en effet de se décharger par stipulation des peines des secondes noces, que nous aurons à examiner ultérieurement.

Dans la province de Mâconnais, la femme en faveur de laquelle on avait stipulé un droit de bagues et joyaux et qui ne se remariait point, avait le droit de disposer de la totalité, et non pas seulement d'une part virile, comme dans les autres provinces. Si elle se remariait, elle perdait tout droit de propriété et n'avait même pas droit à une part virile.

Dans la Bresse et le Bugey, les donations de bagues et de joyaux étaient en pleine propriété, *etiam liberis exstantibus*, si la femme restait veuve. Ils étaient réversibles aux enfants si elle se remariait.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DU TROUSSEAU

« *On appelle vulgairement trousseau*, nous dit Boucher d'Argis, loc. cit., *les robes, habits, linges, hardes, bijoux, bagues, joyaux et autres nipes, que la femme apporte avec elle en se mariant* ».

Dans quelques-unes des provinces de droit écrit, la femme, à la condition de survivre à son mari, avait sur certaines des parties de ce trousseau un droit de propriété non réversible aux enfants ; elle le perdait, si elle venait à se remarier.

C'est ainsi que la coutume de Bordeaux lui accordait les bagues que le mari venait à lui « *bailler avant les noces et huit jours après.* »

Dans la province de Roussillon, c'étaient la bague nuptiale et les objets usuels qui lui étaient accordés par l'usage et la jurisprudence.

Dans l'Alsace, le *survivant* des conjoints reprenait, avant tout partage, ses habits, hardes, linges et joyaux, mais les héritiers du prédécédé faisaient de leur côté la même chose.

En Provence, dans le Dauphiné et la Bresse, on stipulait assez fréquemment au profit du *survivant*, des

Digitized by Google

équipages, et pour la femme un ameublement suivant sa condition. Cet ameublement était souvent appelé « *chambre garnie* » ou « *chambre tapissée.* »

CHAPITRE IV

DU DEUIL

La L. 8, *Dig.*, *De his qui notantur infamia*, obligeait la femme à porter le deuil de son mari pendant une année. Cette obligation était considérée comme un devoir, et la femme était notée d'infamie, si elle venait à manquer à cette marque de déférence.

Cette règle fut suivie dans les pays de droit écrit, mais avec des adoucissements. La femme, qui ne portait pas le deuil de son mari, ne fut plus désormais déclarée infâme, mais fut seulement privée de tout ce qu'elle aurait pu demander à la succession de son époux pour ses vêtements de deuil.

Cette obligation n'était pas réciproque, et les héritiers de la femme ne devaient rien au mari pour son deuil. C'était du moins l'usage général, et nous ne trouvons un usage contraire que dans le ressort du Parlement de Dijon. Plusieurs arrêts de ce parlement, entre autres celui en date du 17 mai 1602 et celui du 29 novembre 1612, avaient en effet décidé que le mari était tenu de porter

Digitized by Google

le deuil de sa femme, et que les héritiers de celle-ci devaient y pourvoir.

Ce droit de deuil consistait en une somme d'argent qu'on donnait à la femme pour les habits, linges, hardes, équipages et meubles qu'elle devait avoir pendant son année de deuil, tant pour elle que pour ses domestiques, et qui s'estimait *arbitrio boni viri*, selon la condition du mari.

La femme pouvait exiger cette somme des héritiers de son mari, et elle avait à cet effet hypothèque du jour de son contrat de mariage. La raison en était tirée de cet axiôme de droit romain: « *nemo lugere debet sumptibus suis* »; et, comme ce deuil lui était accordé, non en considération des biens qu'elle avait apportés, mais pour honorer la mémoire de son mari, elle pouvait l'exiger, bien qu'elle n'eût point apporté de dot, ou que la dot promise n'eût point été payée.

Elle était privée de son droit de deuil, si elle vivait impudiquement pendant l'année qui suivait la mort de son mari, ou si elle se remariait dans l'année de son veuvage, (Parlement de Rouen, arrêt du 3 novembre 1637. — Châtelet de Paris, sentences de 1680 et du 4 février 1698).

Digitized by Google

CHAPITRE V

DU DROIT DE VIDUITÉ

Ce droit existait dans les pays de droit écrit pour permettre à la veuve de se procurer pendant son année de deuil les choses nécessaires à son entretien et à sa subsistance.

Établi d'abord pour compenser les intérêts de sa dot, qu'elle ne touchait pas pendant la première année de son veuvage, puisqu'à l'imitation du Droit romain les héritiers du mari ne devaient lui rendre sa dot qu'un an après la dissolution du mariage, ce droit de viduité lui fût dû ensuite, alors même qu'elle n'avait point apporté de dot. Ce droit se fondait alors sur cette fiction que, pendant cette première année, le mariage semblait durer, puisqu'il n'y avait point encore eu d'arrangement ni de partage de biens.

Elle avait pour assurer son droit de viduité une hypothèque datant du jour du contrat de mariage. C'était du moins la jurisprudence de tous les Parlements, sauf celui de Toulouse, qui donnait à la femme une hypothèque préférable à celle de tous créanciers, même antérieurs au mariage, tant pour son droit de viduité que pour sa dot et les intérêts de celle-ci.

Digitized by Google

CHAPITRE VI

DU DROIT D'HABITATION

C'était le droit pour la veuve survivante d'habiter pendant son veuvage une des demeures de son époux prédécédé.

Quoique ce droit fût généralement accordé à la veuve seule, on pouvait convenir qu'il aurait lieu en faveur du mari.

Mais ce droit d'habitation en faveur du mari n'existait jamais qu'en vertu d'une stipulation expresse, tandis que certaines coutumes accordaient ce droit à la femme, sans aucune convention spéciale.

Il n'existait ordinairement qu'entre gens nobles.

Si le mari venait à décéder, après avoir stipulé au profit de sa femme un droit d'habitation, sans avoir acquis aucune maison ou après la ruine de celle qu'il possédait, la veuve pouvait opter entre les ruines de la maison ou l'estimation de son droit d'habitation. Elle avait pour le payement de cette estimation un droit de préférence sur les meubles de son mari.

Ce droit d'habitation une fois stipulé lui était dû, qu'elle eût ou non apporté quelque chose en dot, que la dot promise eût été ou non payée, car ce gain de survie était complètement indépendant de la dot.

Digitized by Google

Elle n'avait qu'un droit de jouissance, et n'était point tenu de donner caution.

Au cas de faillite du mari, ou de séparation de corps et de biens, ou bien encore si le mari venait à être condamné à quelque peine entraînant la mort civile, le droit d'habitation était dû à la veuve, même du vivant de son mari.

Au cas où elle venait à se remarier, elle perdait son droit d'habitation qu'elle ne retrouvait plus, même si dans la suite elle retombait en état de viduité. On pouvait cependant stipuler le contraire.

Si elle venait à être convaincue de supposition de part, ou si elle vivait impudiquement pendant l'année de deuil, elle perdait aussi son droit d'habitation.

CHAPITRE VII

DE LA VIRILE

On entendait par *virile* une portion des gains nuptiaux et de survie, égale à une part d'enfant, que la loi accordait en propriété au conjoint survivant, lorsqu'il y avait des enfants vivants, et à la condition qu'il ne se remariât point.

La quotité de cette virile se réglait eu égard au nombre d'enfants vivants, lorsque le conjoint venait à

Digitized by Google

recueillir ses gains de survie. Il avait le droit d'en disposer à titre gratuit ou onéreux. Ce dernier point était admis par la plupart des jurisconsultes, mais ils n'étaient point d'accord sur les termes dans lesquels le conjoint pouvait ainsi en disposer, et ils discutaient vivement la question de savoir, si cette disposition devait être expresse pour être valable, ou s'il suffisait, que le survivant eût disposé de tous ses biens, pour que la virile se trouvât comprise dans cette disposition générale. Nous n'avons pas à prendre parti dans cette discussion ; qu'il nous suffise d'observer que la majorité des anciens auteurs semble s'être rangée à la seconde solution.

CHAPITRE VIII

QUARTE DU CONJOINT PAUVRE

Nous avons vu comment étaient réglés dans le dernier état du droit romain les droits de succession *ab intestat* entre époux. Les empereurs chrétiens avaient organisé en faveur du conjoint pauvre un droit de succession qui était du quart de la fortune du prédécédé. Ce droit, établi d'abord tant en faveur de l'époux que de l'épouse, avait été limité ensuite à l'épouse survivante.

Les pays de droit écrit conservèrent cette quarte du conjoint pauvre en l'accordant indifféremment à l'époux aussi bien qu'à l'épouse.

Digitized by Google

On la donna au conjoint survivant lorsque sa fortune y compris ses reprises et conventions matrimoniales, n'était pas suffisante pour le faire vivre, suivant son rang et sa condition.

Ce droit fut du quart de la succession du prédécédé en présence de trois enfants ou de moins de trois enfants, d'une part virile en présence de plus de trois enfants.

En présence d'enfants, l'époux eut l'usufruit seulement de sa part ; il en eut la propriété en leur absence.

Il eut lieu tant en cas de mort civile de l'un des conjoints, qu'en cas de mort naturelle.

Ce droit de succession fut longtemps observé sans difficultés dans tous les parlements du Midi.

Plus tard, un certain nombre d'entre eux résistèrent à son application; ce furent surtout les parlements de Toulouse, d'Aix, de Grenoble et de Bordeaux.

C'est ainsi qu'en 1732, après avoir jugé, par un arrêt solennel du 21 février, qu'une femme survivante pauvre avait droit à la quarte, le parlement d'Aix se déjugea quelques années après, et décida le contraire en 1737. L'espèce assez curieuse qui donna lieu à ce procès vaut la peine d'être rapportée. Écoutons Boucher d'Argis, *loc. cit.*, page 115.

« Joseph Laugier, natif de la ville d'Arles, entra en qualité de clerc chez Sébastien Raillon, Procureur en la Sénéchaussée, qui jouissait alors d'une fortune assez considérable à proportion de son état. Ce Procureur avait une fille qu'il ne destinait pas pour être l'épouse de son jeune clerc, qui n'avait aucun bien; mais

Digitized by Google

celui-ci s'insinua si bien dans l'esprit de la demoiselle Raillon, qu'il séduisit cette jeune fille, et la mauvaise conduite de ces amans étant déclarée par les effets, Laugier sortit de la maison du sieur Raillon. Il fallut employer l'autorité de la justice pour l'obliger à un mariage qu'au fond il souhaitait avec ardeur; ce mariage fut célébré le 28 février 1689 avec les solennités prescrites par les canons et les ordonnances.

« La cérémonie faite, le sieur Raillon, outré de cet événement, ne laissa pas de garder la fille chès lui; mais le gendre fut contraint d'aller chercher fortune ailleurs; il y réussit si heureusement, qu'en moins de trois ou quatre ans il devint beaucoup plus riche que son beau-père. Le sieur Raillon voulut alors l'obliger de recevoir son épouse ; le sieur Laugier, par ressentiment du mépris que la famille de son épouse avait eu pour lui, peut-être aussi par dégoût ou par refroidissement causé par l'absence ou par quelque nouvelle inclination, ne voulut pas recevoir chez lui la demoiselle Raillon; elle lui demanda une provision, il la lui refusa; il attaqua même le mariage, et mit en usage tant de subterfuges qu'il éluda l'effet de tous les jugements qu'on obtint contre lui ; ce qui, après plus de sept années de poursuites, entraîna la ruine totale du sieur Raillon et le fit mourir de chagrin.

« La demoiselle Raillon se trouva après la mort de son père réduite à la plus affreuse nécessité; elle passa dans cet état misérable depuis 1702 jusqu'en 1731.

Digitized by Google

« Au mois de janvier 1731, le sieur Laugier, son mari, mourut riche de plus de 500.000 livres de biens. Par son testament du 12 juillet 1730, il fit pour 20.000 livres de legs, tant pieux qu'autres, et institua son héritier Jacques Meyfren.

« La demoiselle Raillon, ayant appris la mort de son mari et le testament qu'il avait fait, se pourvut contre l'héritier institué et demanda le quart de la succession, ce qui lui fut accordé par un arrêt du 21 février 1732. »

Mais Merlin (1) nous rapporte qu'une requête civile remit tout en question, et qu'en 1737 un nouvel arrêt enleva à la veuve Laugier ce que le précédent arrêt lui avait accordé.

Nous trouvons de même, au supplément du *Journal du Palais de Toulouse*, t. II. p. 295, un arrêt du 27 août 1764, qui n'adjugea à la veuve sur les biens de son mari qu'une pension viagère, eu égard à sa condition, et non le quart de la succession.

Montvallon, *Traité des Successions*, ch. 6, t. I, p. 22, nous apprend aussi qu'en Provence on n'accordait plus à la veuve qu'une pension eu égard aux facultés du mari, et non le droit de quarte.

La question fut jugée dans le même sens par le Parlement de Dauphiné, dans un arrêt du 11 mars 1783, (Laurence Bellon contre Antoine Bertrand.)

---

(1) Répertoire, V° *Quarte du conjoint pauvre.*

Digitized by Google

CHAPITRE IX

DROITS DE SUCCESSION DE L'ÉPOUX SURVIVANT A DÉFAUT D'ENFANTS ET DE PARENTS

« Les personnes mariées étant réciproquement obligées de travailler, nous dit Roussilhe, dans son *Traité de la Dot*, ch. XX, § VIII, pour leur subsistance commune et de se fournir mutuellement des aliments, il semblerait que l'excédant, qu'il vînt de leurs épargnes ou d'ailleurs, devrait passer du premier décédé au survivant, lorsqu'il n'y a point d'enfants ; mais les lois civiles ne l'ont pas ordonné ainsi, puisqu'elles n'attribuent rien au survivant sur les biens du prédécédé qui laisse des enfants ou parents, à moins qu'il n'ait pas de quoi subsister.

« Si le premier décédé ne laisse point d'enfants ou parents qui se déclarent héritiers, alors le survivant succède au premier mourant, à l'exclusion du fisc, conformément à l'édit du préteur, au titre *unde vir et uxor.* »

Là aussi on suivit donc les principes du Droit romain, et l'époux survivant ne fut pas mieux traité que dans la législation prétorienne. Il est vrai que nous venons

Digitized by Google

d'examiner nombre de gains de survie qui rendaient sa condition meilleure que celle de l'époux à Rome.

Le convol en secondes noces ne portait nul obstacle au droit de succession acquis par le décès de celui qui était mort sans enfants et sans parents qui se fussent déclarés héritiers.

Au reste c'était une véritable succession, ne différant en rien, quant à ses règles, des autres successions. Nous n'avons donc pas à nous étendre davantage sur ses effets.

CHAPITRE X

DES GAINS NUPTIAUX ET DE SURVIE PARTICULIERS A CERTAINS PAYS

Section I. — Des gains nuptiaux en Alsace.

L'Alsace, quoique principalement régie par le droit écrit, avait aussi quelques coutumes locales et même des usages non écrits, qui provenaient de ce que primitivement cette province était composée de quantité de petits États ayant adopté des règles de droits différentes.

Il en résultait une législation spéciale, dissemblable, quant aux droits successoraux entre époux aussi bien que pour les autres parties du droit, de celui des pays de droit écrit.

Digitized by Google

§ 1. — *Du droit de dévolution.*

Dans les villes de Colmar, Turkeim, Munster, Selestad et Landau, c'était le droit de dévolution ou de succession réciproque, très appliqué en Brabant, qui était surtout usité.

Il avait lieu dans ces villes de plein droit, sans aucune stipulation entre les conjoints, et produisait les effets suivants :

1° Tous les biens immeubles, que les futurs époux apportaient en mariage, ou qui leur arrivaient depuis par succession, appartenaient en propriété aux enfants de leur mariage, à l'exclusion des enfants des autres mariages ;

2° L'usufruit de ces mêmes biens appartenait au survivant des conjoints, avec la faculté, en cas d'indigence, d'en aliéner tout ou partie, avec la permission du magistrat ;

3° Le conjoint survivant avait la pleine propriété de tous les meubles, même au préjudice des enfants ;

4° S'il n'y avait pas d'enfants vivants au moment du décès du prémourant des conjoints, le survivant succédait en propriété à tous les biens, meubles ou immeubles, pourvu que le prédécédé n'en eût point disposé par testament.

Il reste bien entendu que les conjoints pouvaient, par des stipulations contraires, déroger aux règles que nous venons d'observer.

Digitized by Google

§ II. — *Coutume de Ferrete.*

Dans la plus grande partie de la Haute-Alsace et même dans la Basse, tout ce que les conjoints apportaient en mariage, ou ce qui leur advenait après sa célébration ou autrement, composait une masse, dont le mari ou ses héritiers prenaient les deux tiers, et la femme ou les siens l'autre tiers avec soixante livres environ pour gain de survie.

Cette sorte de communauté n'était point écrite, mais était fondée sur un usage, qui avait force de loi, et qui produisait ses effets de plein droit et sans stipulations.

Il était connu sous le nom de *Coutume de Ferrete.*

§ III. — *Dons des habits, hardes, linges et joyaux.*

Un usage pratiqué dans presque toute l'Alsace était celui pour le survivant, sans distinction de sexe, de reprendre ses habits, hardes, linges et joyaux. Les héritiers du prédécédé reprenaient de leur côté ceux de leur auteur.

§ IV. — *Du Morgengabe.*

Il était aussi en usage en Alsace de stipuler en faveur de certains conjoints une espèce de donation à cause de noces, qu'on appelait *Morgengabe.*

Comme il n'y avait là qu'une donation conventionnelle, nous n'avons pas à nous étendre sur ses effets. Qu'il nous suffise de rappeler qu'il s'agissait d'un avantage stipulé par le futur époux en faveur de sa femme,

Digitized by Google

lorsqu'elle était fille, en usufruit ou en propriété. La veuve qui épousait un garçon lui faisait un avantage de même nature. Cet avantage existait souvent aussi au profit de la veuve qui épousait un veuf.

Section II. — Des donations de survie.

Dans la Provence, la Bresse et le Mâconnais, la femme survivante n'avait ni augment, ni bagues et joyaux, et le mari ne recevait pas non plus de contre-augment.

A leur place, l'usage était que les conjoints se fissent par contrat de mariage une donation réciproque, qu'on appelait donation de survie (1).

Les principaux caractères de ces donations de survie étaient les suivants :

Elles n'étaient jamais dues sans convention expresse; la quotité en était fixée par le contrat de mariage. — Elles étaient ordinairement réciproques entre le mari et la femme ; toutefois le mari donnait généralement à la femme le double de ce qu'elle lui accordait en cas de survie. — Les biens compris dans la donation appartenaient en toute propriété au survivant, même en présence d'enfants. Leur présence avait cependant pour effet de faire perdre à leur auteur sa donation de survie, s'il venait à se remarier. — La faillite ou la discussion

(1) L'existence de ces donations de survie dans la Bresse nous est révélée par Antonius Faber, *(Définitions sur le Code, De secundis nuptiis, défin. 13 et 15)*; Philippe Collet, *(Commentaires sur les statuts de Bresse, liv. 5, sect. 2, Remarq. 2)*, et Charles Revel *(Commentaires sur les statuts de Bresse, p. 290)*. Bretonnier nous apprend qu'elles étaient usitées en Provence et en Mâconnais dans ses *Questions alphabétiques, verbo augment*, et dans ses *Observations sur Henrys, tom. 2, plaidoyer 18.*

Digitized by Google

des biens du mari faisait perdre à la femme le droit de jouir de la donation de survie (arrêt du Parlement de Dijon du 16 janvier 1648).—Les intérêts des biens compris dans la donation ne couraient que du jour de la demande.

Ces règles étaient celles généralement suivies, mais il reste bien entendu que, ces donations dépendant de la seule volonté des conjoints, ceux-ci pouvaient y déroger par telles conventions qu'il leur plaisait.

Section III. — Des gains nuptiaux en Roussillon.

Le comté de Roussillon, qui suivait assez généralement le Droit romain, avait conservé certaines règles des anciennes constitutions de la Catalogne, dont il avait fait partie pendant un temps. Ces constitutions de la Catalogne étaient composées elles-mêmes des anciens usages du pays, des lois accordées aux États Généraux, soit par les rois d'Espagne, soit par les princes particuliers que la Catalogne a eus pendant un temps, et des Pragmatiques que les souverains de la Catalogne avaient fait de leur propre mouvement pour cette province. On y observait aussi quelques usages non écrits, qui avaient force de loi.

La combinaison de ces divers éléments avait amené un droit successoral particulier entre époux.

Le mari en cas de survie n'avait de droit aucun gain nuptial à prendre sur la succession de sa femme prédécédée, tandis que la femme avait deux avantages sur la succession de son époux prédécédé :

Digitized by Google

1° celui de prendre des aliments et son entretien pendant sa première année de veuvage, en rendant compte du surplus des fruits ; (elle perdait cet avantage si elle venait à se remarier dans l'année, mais n'était pas tenue de restituer dans ce cas ce qu'elle avait reçu dans le passé, si ce n'est les habits qui lui avaient été fournis pour le deuil qu'elle avait été tenue de prendre, et qu'elle quittait en se remariant); 2° celui de garder la possession et la jouissance de tous les biens de son mari, quelque considérables qu'ils fussent, jusqu'à ce qu'elle eût été payée en argent comptant, tant de sa dot que de son augment, s'il y en avait eu de stipulé.

Ce second avantage était connu sous le nom de *tenute*

Pour en profiter elle devait faire bon et fidèle inventaire de tous les biens et effets laissés par son mari, dans les deux mois et neuf jours de son décès.

Pendant la première année elle devait rendre compte du surplus des fruits qui n'avaient pas servi à ses aliments et à son entretien, suivant l'état et la condition de son mari. Mais, si elle n'était point payée au bout de cette première année, elle avait la jouissance de tous les fruits, sans l'obligation de rendre compte.

Dès qu'elle était *tenutaire*, elle était considérée comme héritière fidéicommissaire, et pouvait à ce titre exercer toutes les actions possessoires, et être poursuivie pour toutes les affaires de la succession.

Son convol ne lui faisait pas perdre son droit de *tenute*.

Elle le transmettait à ses enfants, mais non à ses petits-enfants.

Digitized by Google

L'usage et la jurisprudence donnaient en outre à la veuve « la bague nuptiale qu'elle avait reçue pour arrhes et que le prêtre avait bénie lors de la célébration du mariage, un de ses bijoux médiocres, et les habits à son usage et qu'elle portait ordinairement selon la condition de son mari et eu égard à ce qui s'observait dans la famille » (1).

L'usage était aussi en Roussillon de stipuler par le contrat de mariage un gain de survie réciproque en faveur du survivant des conjoints. On suivait à cet égard les règles des autres pays de droit écrit.

Section IV. — Droit particulier à Toulouse.

A Toulouse on nommait *insistance* le droit qu'on accordait à la femme, après le décès de son époux, de se maintenir dans la jouissance des biens de ce dernier, jusqu'à ce qu'elle fût remboursée de sa dot et de son augment.

Ce droit passait aux enfants, quand leur père avait institué un étranger pour héritier. Ils pouvaient, grâce à lui, se maintenir dans la jouissance des biens donnés, jusqu'au remboursement de la dot et de l'augment dû à leur mère et à eux. Il n'existait pour eux qu'à la condition que leur mère en ait joui.

Si les biens du mari étaient saisis, le droit d'*insistance* cessait, et la femme n'avait droit pendant la saisie qu'à une pension sur les fruits.

(1) Boucher d'Argis, *loc. cit.*, p. 98.

Digitized by Google

Section V. — Droit particulier à Bordeaux.

A Bordeaux, il existait un droit du même genre, connu sous le nom d'*assignat*, mais qui avait besoin d'être stipulé pour que la femme demeurée veuve pût jouir de tous les biens de son mari et faire les fruits siens jusqu'au remboursement de sa dot et de son augment.

CHAPITRE XI

DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS

Les donations entre vifs irrévocables entre époux étaient absolument défendues. Est-ce à dire qu'elles fussent absolument nulles ? Non certes, mais leur effet était subordonné à la mort du donateur, survenue sans qu'elles eussent été révoquées, comme celui des donations à cause de mort, qui n'étaient confirmées, que si le donateur venait à mourir sans les avoir révoquées.

Cette règle fut observée sans discussion jusqu'à l'ordonnance de 1731 sur les donations, qui souleva une vive controverse sur la question dans ses articles 3 et 46. Nous ne faisons qu'indiquer l'existence de cette discussion qui ne touche qu'indirectement à notre sujet.

Digitized by Google

A l'égard du testament, il était absolument permis entre époux pendant le mariage.

Observons que les conjoints se constituaient assez fréquemment dans les pays de droit écrit des pensions viagères par leurs ontrats de mariage. Il n'y avait à leur égard aucune règle fixe. Elles étaient réciproques ou non, égales ou non. Elles dépendaient uniquement de la convention des parties et ne sauraient dès lors nous retenir plus longtemps. Remarquons cependant que ce n'est guère que dans les pays, où il n'y avait pas d'augment de dot, que ces rentes viagères étaient usitées, à moins qu'elles ne fussent faites à la femme, pour lui tenir lieu des intérêts de sa dot et de son augment, jusqu'à ce qu'ils lui fussent payés.

Digitized by Google

TITRE II

RÈGLES COMMUNES AUX DIVERS GAINS DE SURVIE

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES COMMUNES A L'OUVERTURE DES DIVERS GAINS DE SURVIE.

Section I. — Du statut qui réglait les gains de survie.

Nous avons vu la diversité des usages des différentes provinces de droit écrit sur les gains de survie. Cette diversité donnait lieu à de nombreuses questions résultant du concours de personnes, de biens, d'actes soumis à des lois différentes.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur le point de savoir à laquelle de ces différentes lois on devait dans de pareils cas se rapporter. Aussi serait-il superflu de donner les décisions de chacun d'eux sur chacune des innombrables questions, que soulevait cette interprétation des statuts. Nous nous bornerons à poser quelques

Digitized by Google

principes généraux, et, pour ce, nous distinguerons tout d'abord s'il y avait eu ou non contrat de mariage.

Y avait-il eu contrat de mariage, les conjoints n'avaient d'autres droits que ceux réglés par ce contrat, sans considération du lieu où il était passé, ou du domicile des parties.

S'il n'y avait point eu de contrat de mariage, ou si celui-ci ne réglait pas les avantages des conjoints, c'est alors qu'il fallait faire attention aux circonstances du lieu du contrat, du domicile des parties.

Devait-on s'en tenir alors au statut réel ou au statut personnel? Il semblerait tout d'abord que c'est le premier qui devait s'appliquer. Mais dans cette hypothèse par suite des inconvénients qu'aurait entraînés son application, on avait dû établir des règles particulières pour éviter que des conjoints, quoique nés mariés et domiciliés en pays de droit écrit, se vissent privés de tout augment, si leurs biens se trouvaient situés en pays coutumiers, ou que, par contre, des conjoints domiciliés en pays coutumiers, ne vinssent réclamer des gains de survie sur les biens situés en pays de droit écrit, après avoir pris leur part de communauté ou leur douaire en leur pays. C'est ainsi qu'une de ces règles établissait, qu'à défaut de contrat ou de convention expresse dans le contrat de mariage, les conjoints seraient toujours présumés adopter la loi du domicile du mari pour régler leurs droits et conventions. Une seconde règle était que les droits établis par le contrat de mariage ou par la loi du domicile étaient irrévocablement fixés, sans qu'on pût y apporter aucun changement par des actes contraires, ou

Digitized by Google

en changeant de domicile. Une troisième que les conventions du contrat de mariage ou les droits tirés de la loi du domicile matrimonial s'exécutaient sur toutes sortes de biens, quelle que fût leur situation.

Section II. — De l'insinuation des gains de survie.

L'ordonnance de 1539, dans son art. 132, celle de Moulins (1566), dans ses art. 57 et 58, les déclarations des 10 juillet 1566 et 25 novembre 1690, qui avaient établi la nécessité d'insinuer les donations, tout en comprenant les donations faites par contrat et en faveur du mariage, ne semblaient pas y soumettre les divers gains de survie. C'est du moins l'avis de Brodeau, de Louët, de Revel, de Boucher d'Argis, qui déclarent être en cela d'accord avec la jurisprudence de la plupart des Parlements.

L'édit de décembre 1703 sur les insinuations laïques ne les y soumettait pas davantage. Mais la déclaration du 20 mars 1708, enregistrée au Parlement le 15 juin de la même année, vint les assujettir à cet édit comme toutes autres donations. Aussitôt les Parlements firent des remontrances au roi sur les inconvénients qu'il y aurait à frapper d'une sanction aussi rigoureuse que la nullité le défaut d'insinuation de ces gains de survie, et une nouvelle déclaration donnée à Marly le 25 juin 1729, enregistrée au Parlement le 12 juin suivant, vint établir que le défaut d'insinuation n'entraînerait pas la nullité des gains de survie, mais soumettrait

Digitized by Google

ceux, qui auraient négligé de satisfaire à cette formalité, aux peines prononcées par les édits et ordonnances sur la matière.

Cette déclaration fut confirmée par l'ordonnance du 9 février 1731, et par une autre déclaration du 17 du même mois.

Cette non-nécessité de l'insinuation ne s'appliquait qu'aux gains de survie légaux ou coutumiers ; l'insinuation demeurait nécessaire pour tous les gains nuptiaux conventionnels, à la condition qu'ils excédassent en quotité les gains nuptiaux coutumiers.

Section III. — De la caution exigée pour toucher les gains de survie.

La délivrance des gains de survie ne pouvait avoir lieu sans qu'une caution eût été donnée, toutes les fois qu'il s'agissait de gains de survie réversibles aux enfants après la mort de leur auteur. On n'exigeait pas seulement une caution juratoire, mais bien la présentation en justice d'une personne bonne et solvable, se portant caution de la restitution des gains de survie.

Cette règle recevait plusieurs exceptions :

1° Le conjoint survivant pouvait être dispensé de fournir cette caution par le contrat de mariage ;

2° Il pouvait aussi en être dispensé, si sa jouissance portait sur des immeubles ;

3° Il ne devait pas non plus la fournir pour tout ce qui lui était accordé en pleine propriété et sans condition de retour ;

Digitized by Google

4° Il n'était pas tenu non plus de cette obligation s'il n'y avait pas d'enfants vivants au temps de l'ouverture des gains de survie.

Ces exceptions cessaient s'il venait à se remarier, parce que dans ce cas il n'avait plus qu'un droit de jouissance sur les biens qui lui avaient été précédemment donnés en propriété et sans condition de retour, à moins que, par contrat de mariage, il n'eût été affranchi des peines des secondes noces.

Section IV. — Influence de l'absence ou du non-payement de la dot sur les gains de survie.

§ I. — *Du cas où la dot de la femme n'avait point été payée*

En droit romain, la femme, dont la dot n'avait point été payée, ne devait pas recevoir la donation à cause de noces qui lui avait été faite, ou n'en recevait qu'une partie proportionnelle à la part de la dot qui avait été versée.

La même solution s'appliquait-elle pour l'augment et les autres gains de survie? Il faut admettre l'affirmative, si l'on s'en rapporte aux anciens auteurs, à Guy Pape, en ses *questions 274 et 430*, à Ranchin, à Matthæus, à Ferrerius, à Boyer dans ses *Décisions*, *question 22*, à Chopin, *de moribus paris*, *livre 2*, *titre 2*, *n° 4*. Mais si l'on en croit les auteurs qui vinrent après eux, la jurisprudence changea. On ne distingua plus si la dot avait été payée ou non, si elle ne l'avait été qu'en partie, si le mari avait accordé des termes et si ces termes étaient ou non écoulés, si c'était la femme ou son père ou tout autre qui avait constitué la dot. On tenait que, dès qu'il

Digitized by Google

y avait eu une dot promise, c'était au mari à s'en faire payer, et que dès lors, qu'il l'ait ou non reçue, la femme devait recevoir son augment coutumier ou conventionnel et ses autres gains de survie, sans retranchement.

Tel était l'avis de Faber en son *Code*, *De jure dot.*, *definit. 1*, *15 et 16*, de Chosier, en sa *Jurisprudence de Guy Pape*, *liv. 4*, *sect. 1*, *art. 8*. Expilly, dans ses *Arrêts*, *ch. 59*, cite deux arrêts du Parlement de Grenoble à l'appui de cette solution. Maynard rapporte aussi (*liv. 2*, *ch. 77*, *et liv. 6*, *ch. 6*,) deux arrêts en ce sens du Parlement de Toulouse. Cette jurisprudence constante des Parlements nous est encore attestée par Henrys, *t. I*, *p. 825*, et par Bretonnier en ses *Observations sur Henrys*, *t. I*, *p. 377*.

§ II. — *Du cas où la femme n'avait point apporté de dot.*

Quand la femme n'avait point apporté de dot, il était utile de distinguer, pour savoir si ces gains de survie lui étaient dus, entre l'augment et les bagues et joyaux conventionnels d'un côté, et, de l'autre, entre l'augment et les bagues et joyaux coutumiers.

A l'égard des premiers, il n'était pas douteux que la femme eut toujours le droit de les réclamer, puisqu'il s'agissait là, à proprement parler, de donations ordinaires, tirant leur force du contrat de mariage.

La solution contraire devait être admise lorsqu'il s'agissait d'augment et de bagues et joyaux coutumiers, puisqu'il ne s'agissait alors que d'avantages accordés à la femme en récompense de sa dot, et devant être calcu-

Digitized by Google

lés suivant la proportion et la nature des biens la composant. Cette solution était admise presque sans contestation, lorsqu'il y avait eu un contrat de mariage réglant la dot de la femme, mais elle soulevait de vives controverses en l'absence de contrat de mariage. Les uns soutenaient qu'alors les biens appartenant à la femme lors du mariage ou lui étant échus depuis ne pouvaient être que paraphernaux, puisqu'ils n'étaient point expressément constitués en dot, et ne donnaient par suite aucun droit d'augment ou de bagues et joyaux. Les autres, et leur avis semble prédominant, soutenaient que ces biens étaient tacitement constitués en dot, puisqu'ils n'avaient point été expressément réservés en paraphernal, et que par conséquent la femme avait des droits d'augment et de bagues et joyaux en proportion de leur quotité.

Quant aux autres gains nuptiaux et de survie, ils étaient indépendants de la dot, et étaient toujours dus, en vertu des stipulations qui avaient été faites.

§ III. — *Gains de survie du mari.*

Comme les derniers dont nous venons de parler, les gains de survie du mari étaient toujours dus, puisqu'ils n'étaient pas réglés proportionnellement à ce qu'il apportait en mariage, mais donnés en récompense de ce qu'aurait gagné la femme, si elle avait survécu. Il en était ainsi même du contre-augment coutumier, donné au mari, non en proportion de ce qu'il apportait, mais en proportion de la dot de la femme, de telle sorte qu'il

Digitized by Google

suffisait que la femme ait apporté une dot, pour que le mari prît son contre-augment.

Section V. — Influence de la légitime des enfants sur les gains de survie.

Distinguons l'augment préfix et l'augment coutumier.

Il n'est pas douteux que l'augment préfix, pour la portion excédant le coutumier, devait être considéré comme une donation ordinaire, soumise par conséquent à la réduction par la légitime des enfants. Cette réduction s'opérait suivant le nombre des enfants. Etaient-ils cinq ou un plus grand nombre, ils pouvaient retenir la moitié de la portion de l'augment préfix excédant le coutumier ; étaient-ils quatre ou moins de quatre, ils ne pouvaient retenir qu'un tiers de la portion réductible.

Quant à l'augment coutumier réglé en proportion de la dot, il semble qu'il était susceptible d'absorber les biens du mari, puisqu'on ne trouve pas de règles en limitant la quotité.

La même solution paraît devoir être admise pour les bagues et joyaux coutumiers, et pour les bagues et joyaux préfix n'excédant pas les coutumiers. Peut-être cependant s'en rapportait-on alors *arbitrio boni viri.*

Il en était de même aussi du contre-augment, mais non pas des gains de survie fondés sur la convention des parties, qui étaient sans conteste soumis à la réduction.

Section VI. — Des cas où les gains de survie pouvaient s'ouvrir du vivant de l'autre conjoint.

Il semblerait que les gains de survie, comme leur nom

Digitized by Google

l'indique, ne devaient être accordés que dans l'hypothèse de la survie du conjoint en faveur duquel ils avaient été reconnus. Il était cependant des cas où ils pouvaient être réclamés du vivant même du conjoint qui les devait.

C'est ainsi que la femme, du vivant de son mari, pouvait réclamer ses droits d'augment, de bagues et joyaux et autres :

1° Dans le cas où son mari faisait faillite. (Les arrêts sont contradictoires sur ce point jusqu'en 1656, mais Bretonnier en ses *Observations* sur un arrêt du 18 juillet 1656, assure que la jurisprudence est désormais certaine en faveur de la femme) ;

2° Dans le cas de séparation de corps et de biens ordonnée en justice, pour sévices, mauvaises mœurs du mari, ou dans celle ordonnée par justice sur la demande du mari pour sévices, mauvaises mœurs de la femme. (Dans le cas de séparation de corps pour indigence du mari, sans dissipations à lui imputer, on réservait seulement à la femme son hypothèque sur les biens du mari aliénés pour le payement des autres créanciers) ;

3° Dans le cas de condamnation du mari à une peine emportant la mort civile ;

Si la condamnation n'avait été prononcée que par contumace, la femme ne recevait ses gains de survie qu'en donnant caution de les rapporter, dans le cas où le mari viendrait plus tard à se présenter et à être absous.

4° En cas d'absence du mari prolongée pendant un certain temps, sans qu'il eût donné de ses nouvelles, à

Digitized by Google

la charge pour la femme de donner caution. Elle était cependant déchargée de cette caution, trente ans après le jour de la réception de la dernière nouvelle, à l'égard du mari, mais non pas à l'égard des enfants, lorsque les gains de survie, pour lesquels elle était donnée, leur étaient réversibles.

Quant au mari, ce n'était qu'en cas de mort civile ou de longue absence de la femme qu'il pouvait demander ses gains nuptiaux et de survie du vivant de son épouse.

Section VII. — De l'exigibilité des gains de survie et de leurs intérêts.

On suivait dans les pays de droit écrit la loi romaine pour la restitution de la dot, qui devait être remise à la femme ou à ses héritiers, sur-le-champ si elle consistait en immeubles, et, après l'an révolu, si elle était composée en argent ou en effets mobiliers.

Les gains de survie, dans le silence des textes, devaient être traités de la même façon, et comme ils consistaient le plus souvent en sommes d'argent, ce n'était qu'après l'*an révolu* qu'ils devenaient exigibles.

Il est bien entendu que les droits d'habitation, d'insistance, de deuil et de l'année de viduité, accordés précisément pendant la première année de veuvage, n'étaient point soumis à cette règle.

Toujours en conformité des principes du Droit romain, les intérêts de la dot couraient de plein droit à partir de l'an révolu.

Cette règle, sauf dans les provinces de Lyonnais,

Digitized by Google

Forêts, Beaujolais, n'était point généralement observée pour les gains de survie. Ils ne couraient, suivant en cela ce qui avait lieu à Rome pour les donations à cause de noces, que du jour d'une demande expresse.

CHAPITRE II

DROITS DES CONJOINTS, DES ENFANTS ET DES CRÉANCIERS SUR LES DIVERS GAINS DE SURVIE

Section I. — Droits des conjoints.

De leur vivant, les conjoints ne pouvaient aliéner aucun de leurs gains de survie, dans l'impossibilité où ils étaient de préjudicier, par un acte quelconque, aux droits que la loi réservait aux enfants dans les gains de survie.

Après le décès de l'un d'eux, leurs droits variaient, suivant qu'il y avait ou non des enfants vivants.

Y avait-il des enfants vivants ? Ils étaient obligés de donner caution pour les gains de survie dont ils avaient seulement la jouissance, à l'exception d'une part virile qu'ils avaient en pleine propriété, à la condition de ne pas se remarier.

S'il n'y en avait pas, le conjoint survivant avait alors la

Digitized by Google

pleine propriété de la totalité de ses gains de survie, et il n'était tenu de donner aucune caution.

Section II. — Droits des enfants.

Du vivant de leurs père et mère, les enfants n'avaient aucun droit sur les gains de survie qui pouvaient échoir à l'un ou à l'autre des époux. Cela n'était point douteux, puisque ces gains de survie ne prenaient naissance que par le prédécès de l'un d'eux, et que, jusqu'à cet événement, ils n'avaient aucune existence. Il en résultait que, sans le consentement exprès de ses père et mère, un enfant ne pouvait dans son contrat de mariage renoncer à ses droits paternels et maternels pour la part qu'il serait appelé à recueillir dans les gains de survie de l'un d'eux. Les seuls cas où, du vivant de leurs parents, les enfants avaient un droit, étaient ceux où certains événements, faillite, longue absence, séparation de corps, mort civile, avaient, comme nous l'avons vu, donné ouverture à la distribution des gains de survie. Il pouvait arriver aussi que les enfants profitassent de gains de survie, que n'avait pas recueillis leur auteur, par exemple en cas de meurtre du prédécédé par le survivant, ou quand une clause du contrat de mariage avait établi que l'un des époux aurait ses gains de survie, qu'il survécût ou non à son conjoint.

A la mort de l'un des époux, les droits des enfants sur les gains de survie prenaient naissance, et, l'événement, rétroagissant au jour du contrat de mariage, c'est à partir de cette date, qu'ils avaient hypothèque sur tous les

Digitized by Google

biens de leurs auteurs pour la sûreté des gains de survie qu'ils étaient appelés à recueillir, et que les aliénations faites pendant le mariage à leur préjudice étaient révoquées de plein droit.

Au décès de l'un des époux, les droits des enfants n'étaient encore que conditionnels et demeuraient subordonnés à leur survie à l'auteur qui devait les leur transmettre.

Mais, pour recueillir les gains de survie, les enfants n'avaient pas besoin d'être héritiers de celui de leur auteur qui les leur transmettait. Ces gains de survie formaient en effet un troisième genre de biens, et ne se confondaient, ni avec les biens paternels, ni avec les biens maternels, en sorte que l'enfant pouvait les recueillir sans prendre sa part dans les autres biens.

Une fois transmis aux enfants, les gains de survie se confondaient avec leurs autres biens et n'étaient point soumis à des règles particulières.

Section III. — Droits des créanciers.

Pour apprécier l'étendue des droits des créanciers sur les gains de survie, il faut distinguer entre les créanciers du mari, ceux de la femme et ceux des enfants.

Les créanciers du mari, lorsqu'ils étaient antérieurs au mariage, pouvaient en tout temps faire vendre ou prendre en payement les biens du mari, au préjudice des gains de survie que pouvaient plus tard avoir sur eux la femme et les enfants. Mais lorsqu'ils étaient postérieurs au mariage, ils n'avaient aucun droit sur ces

Digitized by Google

mêmes biens, au préjudice des gains de survie de la femme et des enfants.

Mais, qu'ils fussent postérieurs ou antérieurs au mariage, ils ne pouvaient rien prétendre, pendant la vie de la femme, sur les gains de survie que le prédécès de la femme devait procurer au mari. Après la mort de la femme, ils ne pouvaient s'attaquer qu'à l'usufruit de ses gains, s'ils étaient réversibles aux enfants, ou à sa virile.

Les créanciers de la femme étaient traités de la même façon.

Quant à ceux des enfants, leurs droits ne s'ouvraient qu'au jour où la vocation des enfants devenait certaine, c'est-à-dire après le prédécès de leurs père et mère.

La jurisprudence des Parlements avait admis que ni les uns ni les autres ne pouvaient renoncer à leurs gains de survie au préjudice de leurs créanciers.

CHAPITRE III

DES PRÉFÉRENCES, HYPOTHÈQUES OU PRIVILÈGES QUI ENTOURAIENT LES GAINS DE SURVIE, ET DE LEUR PRESCRIPTION

On ne suivait pas dans les pays de droit écrit, sauf dans le ressort du Parlement de Toulouse, la loi romaine

Digitized by Google

qui donnait à la femme, pour la répétition de sa dot, une hypothèque privilégiée sur tous les biens de son mari, préférable à celle des autres créanciers du mari, même antérieurs au mariage.

Quant aux gains de survie, ils étaient partout soumis à la règle observée pour la dot dans les pays autres que ceux du ressort du Parlement de Toulouse, et n'étaient garantis que par une hypothèque datant du jour du contrat de mariage, ou de la célébration du mariage, s'il n'y avait point eu de contrat.

La femme avait, en outre, un privilège qui la faisait préférer sur les meubles de son mari, tant pour la restitution de sa dot que pour les autres gains de survie, à tous créanciers, quoique premiers saisissants, même en cas de faillite ou de banqueroute, lorsqu'elle n'était point complice.

La prescription de l'hypothèque que le conjoint avait pour la garantie du paiement de ses gains de survie ne commençait à courir que du jour de l'ouverture de son droit. Le même principe s'appliquait aux enfants, à moins qu'ils ne fussent mineurs, auquel cas la prescription ne commençait à courir contre eux que du jour de leur majorité.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

DES CAUSES QUI FAISAIENT PERDRE LES GAINS DE SURVIE

Ces causes étaient multiples : les unes étaient communes au mari et à la femme ; les autres n'avaient trait qu'à la femme. Nous allons les examiner successivement.

Les premières étaient les suivantes :

1° Meurtre de l'un des conjoints par l'autre, quelles que fussent les circonstances, alors même qu'il avait eu lieu en cas de flagrant délit d'adultère de la femme ;

2° Absence de poursuites de la part du survivant pour la vengeance du meurtre du prédécédé.

Les causes spéciales à la femme étaient plus nombreuses :

1° Second mariage avec une personne indigne de sa qualité ;

2° Abandon du mari sans cause légitime ;

3° Adultère ;

4° Second mariage dans l'an du deuil ;

5° Vie impudique après le décès du mari.

Digitized by Google

CHAPITRE V

INFLUENCE DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES SUR LES GAINS DE SURVIE

Nous savons que les empereurs du Bas-Empire avaient voulu protéger les enfants d'un premier lit contre les inconvénients qui auraient résulté pour eux d'un second mariage. Ils avaient fait dans ce but les constitutions *Feminæque*, *Generaliter* et *Hac edictali*, dont nous avons déjà eu l'occasion de parler.

Un célèbre édit de François II, rendu en 1560, sous l'inspiration du chancelier L'Hopital, remit en vigueur, dans toute la France, les sages dispositions de ces constitutions impériales.

Cet édit avait deux chefs.

Le premier, reproduisant la constitution *Hac edictali* défendait à ceux qui se remariaient ayant, des enfants d'un premier mariage, de donner à leur second conjoint, même de leurs propres biens, plus que la part de l'enfant le moins prenant dans leur succession.

Tous les gains de survie, tant du mari que de la femme, étaient soumis à ce retranchement de l'édit des secondes noces, à l'exception des habits de deuil et du droit de viduité dus à la femme. Il ne s'agissait plus là,

Digitized by Google

en effet, d'avantages faits à l'un des conjoints, mais plutôt d'un devoir de la femme ou d'un droit accordé pour sa subsistance, en attendant la restitution de sa dot et de ses gains nuptiaux, et pour faire honneur à la mémoire du mari et à sa famille.

Le second chef de l'édit reproduisait les constitutions *Feminæque* et *Generaliter*, défendait au survivant des conjoints de rien donner au nouvel époux des biens provenant du conjoint prédécédé, et l'obligeait à conserver ces mêmes biens aux enfants nés du premier mariage.

Cette prohibition s'appliquait aussi bien aux gains de survie acquis par la loi ou l'usage, qu'à ceux acquis en vertu des conventions du contrat de mariage.

Toutefois on se demandait si, par contrat de mariage ou par testament, les conjoints pouvaient s'en affranchir.

En ce qui concerne les contrats de mariage, comme ils étaient susceptibles de toutes sortes de clauses, la question était résolue par l'affirmative.

La même faveur était généralement attachée aux testaments, sauf dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris. Quant au parlement de Toulouse, sa jurisprudence exigeait un consentement exprès du prémourant, pour que les peines des secondes noces fussent remises au survivant par le testament du prédécédé. Les autres Parlements, au contraire, se contentaient d'un consentement tacite.

On se demandai tencore, si le conjoint, qui se remariait, reprenait la propriété de ses gains nuptiaux après, le décès de tous ses enfants. La jurisprudence des parlements de Toulouse et de Bordeaux lui accordait ce droit,

Digitized by Google

tandis que celle du parlement de Paris le lui refusait. Bretonnier en ses *Observations sur Henrys, t. I, liv. 4, ch. 4, quest. 13*, distingue entre l'augment qui, à l'imitation de la donation à cause des noces des Romains, ne devait jamais revenir à la femme remariée, et les autres avantages qui, à défaut de loi expresse, devaient, selon lui, faire retour au conjoint survivant.

Digitized by Google

TITRE III

RÉSUMÉ ET EXAMEN DES DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

Cette étude des gains nuptiaux et de survie vient de nous montrer combien dans les pays de droit écrit les époux étaient mieux traités que par le Droit romain. En dehors, en effet, de la quarte du conjoint pauvre et du droit de succession à défaut d'enfants et de parents, l'époux survivant avait des gains de survie nombreux qui rendaient sa condition bien préférable à celle que nous avons vu lui être faite par la législation romaine.

C'est principalement, selon nous, à l'influence de l'Église chrétienne qu'est due cette amélioration dans la condition des époux. A mesure que s'affermissait par tout le monde la religion de Jésus-Christ, l'union des sexes tendait de plus en plus à devenir cette union sainte qu'il avait prêchée, où la communauté des devoirs devait entraîner la communauté des intérêts. L'indissolubilité de cette union, la répulsion qu'inspiraient les seconds mariages, devaient tendre à faire accorder à celui qui survivait à la rupture de ces liens éternels, des moyens d'existence en rapport avec la situation

Digitized by Google

qu'il avait tenue du vivant de son conjoint. Aussi voyons-nous les intérêts pécuniaires des époux, sauvegardés, après la mort de l'un d'eux, par ces gains de survie, nombreux, variables suivant les contrées, mais ayant tous pour but d'assurer au survivant cette situation que notre Code civil n'a pas su lui faire.

Digitized by Google

LIVRE II.

PAYS COUTUMIERS

GÉNÉRALITÉS

Les gains de survie sont moins nombreux dans les pays coutumiers que dans les pays de droit écrit. C'est que, dans ces contrées, ils étaient moins utiles que dans les autres pays, à cause des avantages que le régime matrimonial généralement adopté procurait aux époux.

Nous avons divisé notre étude dans le pays coutumier en quatre titres.

Le premier est consacré aux droits successoraux *ab intestat* proprement dits, et en particulier au douaire, le plus important d'entre eux.

Le second traite des avantages que le régime de communauté, les donations et les testaments pouvaient procurer aux époux.

Le troisième indique l'influence des seconds mariages sur ces divers gains nuptiaux et de survie.

Le quatrième enfin résume et examine le système successoral entre époux dans ces pays.

Digitized by Google

TITRE PREMIER

DROITS SUCCESSORAUX AB INTESTAT PROPREMENT DITS

CHAPITRE PREMIER.

DU DOUAIRE.

« Le douaire de la femme est ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle lui survive (1). »

Section I. — Caractères et nature du douaire.

§ I. — *De sa nature.*

Le douaire n'était point considéré comme une donation, mais comme une obligation que contractait le mari de faire vivre sa femme après sa mort. Il en résultait qu'il n'était soumis ni à l'insinuation, ni au retranchement pour la légitime des enfants. (Arrêt du 27 mars 1629, rapporté par Bardet, tom. I.)

La femme pouvait renoncer à son douaire légal, car la prohibition des conventions sur les successions futures ne s'appliquait pas aux dispositions faites par

(1) Pothier, *Traité du douaire.*

Digitized by Google

contrat de mariage. Mais cette renonciation, pour être valable, devait être expresse et antérieure au mariage.

Selon les coutumes, la femme pouvait ou non, à la dissolution du mariage, opter entre le douaire coutumier et celui qui avait été fixé par le contrat de mariage. La coutume de Paris ne lui reconnaissait pas ce droit et lui attribuait le douaire conventionnel. Celles de Meaux et de Troyes lui laissaient au contraire l'option, si celle-ci ne leur avait pas été retirée par le contrat de mariage. Dans aucune, elle ne pouvait cumuler les deux douaires. Dans certaines, comme celles de Bretagne, du Maine, d'Anjou, de Touraine, elles ne pouvaient même pas *cumuler don et douaire.* Dans les coutumes qui ne défendaient pas expressément ce cumul, on discutait vivement la question de savoir si on pouvait ou non le permettre.

§ II. — *Des femmes auquel il était dû.*

Le douaire légal appartenait aussi bien aux femmes nobles qu'aux femmes roturières. Cependant la coutume de Saintonge n'accordait de douaire coutumier à défaut de conventionnel, qu'à la condition que la femme fût d'origine noble, tandis que celles d'Anjou et du Maine n'en accordaient qu'aux femmes roturières.

Pour que la femme recueillît son douaire, il fallait et il suffisait, que le mariage eût été contracté de telle sorte qu'il produisît des effets civils. Il fallait aussi, dans certaines coutumes, que la cohabitation effective ait eu lieu entre les époux. De là ce vieil adage de la coutume de Bre-

Digitized by Google

tagne : «*au coucher femme gagne son douaire.* » Les coutumes de Bretagne, de Valois, de Ponthieu, de Cambrai n'exigaient par le *concubitum*, mais elles voulaient que la femme eût été mise à la disposition physique du mari. C'est ainsi que la coutume de Bretagne s'exprime en ces termes dans son art. 450 : « *femme gagne son douaire ayant mis le pied au lit après être épousée avec son seigneur et mari, encore qu'il n'ait jamais eu affaire avec elle.* » Dans les autres coutumes, particulièrement dans celles de Paris, de Péronne et du Grand-Perche, l'obligation du douaire naissait aussitôt que le mariage avait reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale.

§ III. — *Des diverses sortes de douaire.*

De la définition même que nous avons donnée du douaire avec Pothier, il résulte qu'il y en avait de deux sortes : le douaire conventionnel et le douaire légal ou coutumier.

Primitivement il fut conventionnel. Cela n'est pas douteux. Ce qui l'est davantage c'est l'époque à partir de laquelle il devint légal. Si l'on en croit Pothier, qui s'appuie du reste sur Beaumanoir en ses *Coutumes de Beauvoisis*, ce n'est qu'à Philippe-Auguste qu'il faudrait attribuer cette fixation d'un taux pour cette donation ; mais des textes des lois des Visigoths, des Bavarois, des Ripuaires, des Saxons, des Burgondes, remontant aux VIIIe et IXe siècles, semblent parler dès cette époque d'une donation légale et fixée d'avance.

Quoi qu'il en soit de la fixation exacte de cette date, c'est, on le voit, à partir d'une époque bien reculée que

Digitized by Google

dans la plupart des coutumes, sauf dans un petit nombre, comme celles de la Rochelle, de la Marche, de Cambrai, d'Issoudun, de Vatan, qui n'admettaient pas de douaire légal, qu'on trouve les deux sortes de douaires.

Section II. — Composition du Douaire.

§ I. — *Du douaire coutumier.*

Le douaire coutumier consistait dans l'usufruit d'une certaine portion de certains biens du mari.

A. — Des biens sur lesquels il portait.

Suivant le droit commun les biens, sur lesquels il portait, étaient les immeubles que le mari possédait lors du mariage, ou ceux qui lui advenaient pendant le mariage, à un titre quelconque, de ses ascendants.

Mais la coutume de Sedan l'accordait en outre sur tous les biens advenus en ligne directe, descendante ou ascendante ; celle d'Orléans et celle de Tremblevif, locale de Blois, le donnaient, à défaut d'autres biens, sur les conquêts immeubles et sur les meubles du mari ; celle de Dunois accordait un douaire subsidiaire du même genre que celle d'Orléans, mais elle le limitait à soixante sous tournois pour une fois. Les coutumes de Berri et de Bourbonnais attribuaient un douaire sur les immeubles laissés par le mari à son décès, en exceptant les conquêts.

B. — De sa quotité.

La quotité du douaire était tantôt de la moitié des biens du mari, comme dans les coutumes de Paris et d'Orléans, tantôt du tiers comme dans celles de Nor-

Digitized by Google

mandie et Bretagne, Poitou, Anjou, Maine, Grand-Perche.

La quotité variait aussi selon les espèces de biens. C'est ainsi que la coutume de Calais et Boulonnais, la réglait à la moitié pour les fiefs et au tiers pour les biens tenus en roture.

Elle variait aussi selon la qualité des personnes. La coutume de Tours, entre autres, la fixait au tiers pour les nobles et à la moitié pour les roturiers.

D'autres coutumes réglaient le douaire d'une façon bien différente. Dans celle de Bourgogne il était pour les femmes roturières du tiers de ce qu'elles avaient apporté en mariage. Celle de Menetou, locale de Blois, le fixait à cent sous, s'il y avait des enfants, et à cinquante s'il n'y en avait pas, pour les femmes des gens de labour. Celle de Chabris, aussi locale de Blois, établissait celui des femmes roturières à une somme de dix livres à prendre sur la part du mari dans les meubles.

§ II. — *Du Douaire conventionnel.*

A. — Des biens sur lesquels il portait.

Il pouvait porter sur toutes espèces de biens du mari, meubles ou immeubles, propres ou conquêts, corps certains ou universalités.

On pouvait convenir qu'il consisterait en un droit de propriété aussi bien qu'en un droit d'usufruit. Mais dans le cas où les époux entendaient en faire un droit de propriété, la convention devait être expresse, car, dans le doute, on présumait qu'ils avaient entendu en

Digitized by Google

faire un simple droit viager. Il n'en était cependant pas ainsi dans la coutume d'Auxerre (art. 213), et dans celle de Sens (art. 168), quand le douaire était par le contrat de mariage réglé à une somme d'argent ou à quelqu'autre chose mobilière, car alors la présomption était qu'il s'agissait d'un droit de propriété.

B. — De sa quotité.

La plupart des coutumes, entre autres celles de Paris et d'Orléans n'avaient point limité la quotité du douaire conventionnel, et admettaient qu'il pouvait excéder celle du douaire coutumier, sans être considéré comme une donation, et sans être soumis par conséquent à l'insinuation.

Quelques-unes au contraire, comme celles de Normandie, de Tours, du Maine, du Poitou ne permettaient point de convenir d'un douaire plus fort que le douaire coutumier. Il pouvait être moindre, mais non pas l'excéder. La rigueur de ces coutumes, aussi bien pour le douaire légal que pour le douaire coutumier, s'explique selon Pothier, par la domination exercée sur ces provinces pendant de longues années par les Anglais, et par les souvenirs des ordonnances de Jean-sans-Terre et des autres rois d'Angleterre.

Section III — Des effets du Douaire.

§ I. — *De l'ouverture du douaire.*

Pour qu'il y eût ouverture du douaire, il fallait que la femme eût survécu à son mari. De là cette maxime de Loisel : « *Jamais mari ne paya douaire.* »

Digitized by Google

Mais on se demandait si la mort civile aussi bien que la mort naturelle donnait ouverture au douaire. Deux coutumes seulement s'étaient expliquées formellement à ce sujet : celle de Melun qui décidait l'affirmative et celle de Nevers qui adoptait la négative. Les jurisconsultes, dans le silence des autres coutumes, décidaient généralement que la mort civile ne donnait point ouverture au douaire.

Quant à l'absence, si l'on en croit Renusson, qui rapporte à l'appui de son dire un arrêt du 4 décembre 1615, elle ne donnait jamais ouverture au douaire.

Mais si, dans ces cas, les coutumes ne faisaient généralement pas ouvrir le douaire, elles accordaient cependant à la femme une pension réglée par voie d'arbitre ordinairement à une moitié du douaire.

§ II. — *De la façon dont la femme était saisie de son douaire.*

Les coutumes variaient beaucoup sur ce point. Celle de Paris, et le plus grand nombre du reste, saisissaient de plein droit la femme de son douaire, aussitôt qu'il était ouvert par la mort du mari. Il en résultait que tous les fruits tant naturels que civils, les arrérages des rentes, nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, appartenaient à la douairière, qu'elle pouvait se mettre d'elle-même en possession de la jouissance des héritages sujets à son douaire, sans faire aucune demande à l'héritier du mari, et qu'elle pouvait former l'action en complainte contre ceux qui la troublaient dans son usu-

Digitized by Google

fruit. Certaines coutumes avaient cependant apporté quelques restrictions à ces principes. C'est ainsi que celles de Berri et de Montargis déclaraient que, si la femme ne s'était point, de fait, mise en possession de son douaire, elle ne pouvait demander aux héritiers du mari plus de cinq années de jouissance de son douaire pour le temps passé; que celles de Montfort, de Mantes et de Dourdan décidaient que le « *douaire préfix saisit du jour du décès du mari, pourvu qu'il en apparaisse par écrit, et que la femme le demande dedans l'an et jour du décès; autrement ne saisira, sinon du jour qu'il sera demandé en jugement* »; que celle du Grand-Perche décidait, qu'au cas où la femme avait l'option entre le douaire coutumier et le douaire préfix, elle n'était saisie que du jour de son option.

Quant aux coutumes qui n'admettaient pas le droit commun en matière de saisissement du douaire, les unes, comme celles de Normandie, s'en écartaient indistinctement pour le douaire coutumier aussi bien que pour le douaire préfix, et décidaient qu'il n'était dû que du jour de la demande; les autres, comme celles de Senlis, d'Etampes, de Châteauneuf, s'en écartaient seulement à l'égard du douaire conventionnel; une seule enfin, celle de Blois, dans son article 190, décidait que « *le douaire préfix était dû du jour du trépas, et le coutumier du jour qu'il est requis, et non plutôt.* »

Digitized by Google

§ III. — *Des actions auxquelles donnait lieu l'ouverture du douaire.*

Le douaire coutumier donnait lieu à l'action en partage, donnée soit par la douairière contre les héritiers du mari, soit par lesdits héritiers contre la douairière, à l'effet de partager la jouissance des héritages et autres immeubles sujets au douaire, et à l'action réelle *confessoria servitutis ususfructus*, par laquelle la douairière revendiquait le droit d'usufruit, que lui donnait l'ouverture du douaire sur les biens sur lesquels il portait.

Pour parvenir au partage, on faisait une masse de tous les biens soumis au douaire, sans en excepter, sauf dans la coutume de Poitou, art. 162, « *le manoir que « l'aîné des enfants choisissait pour son droit d'ainesse.* » Cette masse était ensuite partagée en deux lots, l'un pour la douairière, l'autre pour les héritiers du mari. Ces opérations se faisaient par les parties, et, si elles ne s'entendaient pas, par des arbitres nommés par elles ou par le juge. Les coutumes de Champagne, de Picardie et d'Artois avaient conservé un ancien usage, qui faisait dresser cette masse et composer les lots par la douairière, en laissant le choix aux héritiers du mari, à cause de la meilleure connaissance qu'elle devait avoir des biens du mari. De là, la maxime en usage dans ces provinces : « *la douairière lotit, l'héritier choisit.* » — Le partage produisait entre les parties des obligations de garantie en raison des évictions ou des pertes qu'elles pouvaient subir.

Digitized by Google

Le douaire conventionnel donnait lieu aux mêmes actions, et, en outre, à une action personnelle contre tous les héritiers et successeurs à titre universel du mari, lorsque le douaire consistait en une rente viagère ou une somme d'argent. Ces mêmes héritiers étaient aussi tenus pour le tout d'une action hypothécaire en raison des immeubles de la succession qu'ils possédaient.

§ IV. — *De l'usufruit de la douairière.*

L'usufruit de la douairière consistait dans le droit de percevoir les fruits des biens sujets au douaire pendant tout le temps que durait son douaire.

Elle pouvait percevoir ces fruits par elle-même ou par les personnes auxquelles elle concédait ce droit. Certaines coutumes, comme celles de Berri, de Sedan, Péronne, Calais, du duché de Bourgogne, donnaient cependant au propriétaire, sous forme de retrait, un droit qui le faisait préférer, s'il se présentait, à l'étranger auquel la douairière avait vendu ou loué son usufruit.

Les fruits, auxquels elle avait ainsi droit, étaient les fruits naturels et les fruits civils. On ne comprenait parmi les fruits naturels que ce que la terre produisait et reproduisait. On n'y rangeait donc pas, par exemple, les pierres d'une carrière. La douairière ne pouvait pas non plus faire des coupes dans les bois de hautes futaies, à moins qu'il ne s'agît de faire, avec les arbres

Digitized by Google

ainsi coupés, des réparations aux immeubles lui appartenant.

Son usufruit ne s'étendait pas sur les droits honorifiques attachés à la terre dont elle avait l'usufruit, sauf sur les droits honorifiques accordés par l'Église : (pierre nominale, encens, sépulture dans le chœur, etc.)

Comme tout usufruitier, la douairière devait jouir en bon père de famille, rendre les biens en bon état après son usufruit, ne point en changer la forme, ni les convertir à d'autres usages.

La plupart des coutumes, entre autres celles de Paris, de Calais, d'Orléans, de Montfort, de Mantes et de Nivernais, n'exigeaient de la douairière qu'une caution juratoire, mais celle d'Auxerre, de Châteauneuf et de Bar exigeaient une caution fidéjussoire.

Son usufruit l'obligeait à acquitter toutes les charges foncières des biens soumis à son usufruit, tels que rentes foncières, arrérages de cens, champarts, dîmes, tailles d'Église, etc., mais non point les devoirs de fief.

Elle était obligée aussi d'entretenir en bon état les biens dont elle jouissait, mais cet entretien ne comprenait pas les grosses réparations.

En vertu de sa nature de droit réel, l'usufruit de la douairière s'exercait contre les tiers acquéreurs ou tiers détenteurs des biens aliénés par le mari depuis le mariage. Mais ce droit était limité de plusieurs façons : si le mari avait laissé des immeubles suffisants pour remplir et fournir le douaire de la veuve, elle devait s'en contenter ; elle perdait le droit de critiquer les aliénations auxquelles elle avait consenti ; elle perdait aussi son

Digitized by Google

droit à son action réelle contre les tiers détenteurs, quand elle avait accepté la communauté.

Section IV. — De l'extinction et de la perte du douaire.

Le douaire de la veuve s'éteignait comme tous les autres usufruits par la mort naturelle, la mort civile, la remise qu'elle faisait de son usufruit au propriétaire, le non-usage, la consolitation et la perte de la chose.

Mais en outre la femme en était privée :

1° Pour cause d'adultère ;

2° Pour avoir abandonné son mari sans sa permission et sans cause légitime ;

3° Pour cause de débauche pendant sa viduité, et surtout pendant l'année de deuil ;

4° Pour crime de supposition de part ;

5° Pour n'avoir point poursuivi la vengeance du meurtre du mari ;

6° Pour s'être remariée à son domestique, dans la coutume de Bretagne ;

7° Dans certaines coutumes, comme celles d'Anjou, de Blois, de Bourbonnais, pour avoir mésusé des héritages qui composaient son douaire ;

8° En cas de second mariage, lorsqu'on en était convenu par contrat de mariage.

Section V. — Du douaire des enfants.

La plus grande partie des coutumes n'accordaient de douaire qu'à la femme, mais quelques-unes l'accordaient aussi aux enfants, c'est-à-dire qu'elles donnaient aux enfants la propriété des immeubles dont la femme avait

Digitized by Google

l'usufruit en tant que douairière. Nous n'avons pas à nous étendre sur ces dispositions des coutumes, puisqu'il ne s'agit plus là à proprement parler d'un droit de succession entre époux, mais d'un droit particulier aux enfants nés du mariage.

CHAPITRE II

DU DROIT D'HABITATION, DU DEUIL ET DE LA REPRISE DES LINGES ET HARDES

Section I. — Du droit d'habitation

Outre le douaire, quelques coutumes accordaient aux veuves un droit d'habitation. A défaut de dispositions des coutumes à cet égard, il était aussi dans l'usage de stipuler ce même droit d'habitation.

Il y avait donc deux sortes de droit d'habitation : l'habitation coutumière et l'habitation conventionnelle, dont nous allons parler successivement.

§ I. — *Habitation coutumière.*

« C'est, nous dit Pothier, le droit que la loi municipale accorde à une veuve, outre le douaire, d'habiter pendant sa vie, ou du moins pendant sa viduité, dans une des maisons de la succession de son mari. »

La femme, dans les coutumes qui lui accordaient ce

Digitized by Google

droit, pouvait valablement y renoncer. Mais cette renonciation devait être expresse, et la renonciation au douaire n'entraînait pas la renonciation à l'habitation.

Les coutumes variaient beaucoup sur l'étendue de ce droit :

Les unes, en grand nombre, ne l'accordaient qu'aux veuves nobles, tandis que les autres l'accordaient indistinctement aux veuves nobles ou roturières. Et encore n'était-on pas entièrement d'accord pour les premières sur la signification du mot *veuves nobles*. Fallait-il que la noblesse existât du côté de chaque conjoint, ou suffisait-il que l'un d'eux fût noble? Autant de questions, qui supportaient des solutions différentes, selon chaque jurisconsulte, et selon aussi les termes mêmes employés par la coutume.

La variété n'était pas moins grande sur l'objet même de ce droit d'habitation. Les unes, comme celle de Saint-Quentin, donnaient à la veuve *une maison de celles sujettes à son douaire*, tandis que les autres lui accordaient une des maisons quelconques qui se trouvaient dans la succession du mari, sans distinguer si elle faisait ou non partie des biens sujets au douaire coutumier. D'autres, comme celles de Montreuil, d'Amiens, de Boullenois, déclaraient que la « *femme douairière n'avait aucune part au château et forteresse de la seigneurie où elle avait son douaire, lequel château appartenait en entier à l'héritier, sauf à elle à prendre son habitation dans la basse-cour ou autres édifices.* » Selon d'autres encore, la veuve avait le choix de prendre son habitation parmi les maisons qu'avait son mari. Telles

Digitized by Google

étaient les coutumes de Vitry, de Laon, Châlons, Noyon. Celles de Bauquesne, de Tours, de Loudunois, du Grand-Perche, de Bourbonnais, ne lui donnaient au contraire le choix qu'après celui de l'héritier.

Quand il n'y avait pas d'habitation dans la succession du mari, aucune coutume ne forçait les héritiers de celui-ci à en fournir une à la veuve. Mais lorsqu'il n'y avait qu'une maison, la variété n'était pas moins grande entre les coutumes. Les unes lui en accordaient la moitié, comme celles de Châlons et de Sedan, les autres la lui accordaient tout entière, comme celles de Noyon et de Péronne, d'autres enfin, comme celle du Grand-Perche, ne lui accordaient d'habitation que pour *un an et un jour*.

Le droit d'habitation comprenait tout ce qui faisait partie de la maison. Comprenait-il aussi la droit de la louer? La question était discutée, mais résolue généralement dans le sens de l'affirmative.

La veuve qui jouissait du droit d'habitation dans une maison devait acquitter les charges foncières ordinaires et extraordinaires de la maison, fournir les servitudes auxquelles la maison était assujettie, et faire enfin les réparations d'entretien.

Le droit d'habitation s'éteignait par la mort naturelle ou civile de la veuve à laquelle il appartenait, par le non-usage, la perte de la chose, la consolidation, et aussi par le second mariage, car en ce cas la veuve acquérait le domicile de son nouveau mari. C'était à lui désormais, ne serait-ce que par bienséance, à lui fournir une habitation convenable.

Digitized by Google

§ II. — *Habitation conventionnelle.*

Comme toutes les conventions matrimoniales, celle d'habitation pouvait être faite selon les modes les plus variés et selon le gré des conjoints.

Le droit d'habitation conventionnelle était soumis aux mêmes règles d'existence, de jouissance etc., que le droit d'habitation coutumière. Mais, tandis qu'en cas d'habitation coutumière, la femme ne pouvait obliger l'héritier du mari à mettre en bon état de réparation la maison, dont l'habitation lui était accordée, parce que le mari n'avait pas, lors du contrat de mariage, contracté l'obligation de la faire jouir après sa mort de ce droit d'habitation, en cas d'habitation conventionnelle, par la raison contraire, il était tenu de mettre la maison en état d'être habitée.

Section II. — Du deuil.

La veuve avait encore une autre créance contre la succession de son mari. Elle était tenue de lui fournir la somme qui lui était nécessaire pour porter le deuil de son conjoint ; cette somme était quelquefois fixée par le contrat de mariage. Lorsqu'elle ne l'avait pas été, elle devait être arbitrée, eu égard à l'état et aux facultés du défunt.

On faisait entrer dans les frais de deuil le prix des robes et autres habillements de deuil, tant de la veuve que de ses domestiques.

On y comprenait aussi, à l'égard des personnes riches et de qualité, la draperie du carrosse.

Digitized by Google

On n'accordait pas de deuil à la femme du peuple.

Le deuil était dû, qu'il y eût ou non communauté, que la femme l'eût acceptée ou y eût renoncé.

Section III. — Des linges et hardes.

On permettait en outre à la veuve de reprendre dans les meubles de la communauté quelques menus objets à son usage personnel.

Tout d'abord ce droit fut mal réglé, et des abus ne tardèrent pas à se manifester. Beaumanoir, après les avoir constatés, et après avoir reconnu que par *débonéreté* on laissait souvent prendre à la veuve « *le plus bel lit furnit, le plus bel anel, le plus bel hénap,* » fut amené, dans une des sentences qu'il prononça comme balli, à permettre à la veuve d'emporter seulement hors part ou comme renonçante à la communauté : « *tant solement se robe de çascun jor, la deerruine qu'ele est acoustumé à vestir çascun jor, et le lit tel come ele l'avaist acoustumé por son gésir* » (1).

Cette coutume se généralisa, et du temps de Pothier, la veuve renonçante prenait ordinairement un habillement complet. Les coutumes étaient plus ou moins libérales à cet égard. Celles du Bourbonnais, art. 245, et de Chauni, art. 136, voulaient que le vêtement qu'elles pouvaient retenir en cas de renonciation ne fût ni le meilleur, ni le plus pire. Celle de Bar, art. 80, leur laissait les vêtements qu'elles portaient les jours de fête. Celles de Tours, art. 293, et de Loudunois, étaient plus

(1) Cout. de Beauvoisis, XIII, 21.

Digitized by Google

généreuses encore et leur permettaient d'emporter « *un lit garni, leurs heures et patenôtres, une de leurs meilleures robes et l'autre moyenne, tant d'hiver que d'été.* »

CHAPITRE III

DROITS DE SUCCESSION DE L'ÉPOUX SURVIVANT A DÉFAUT D'ENFANTS ET DE PARENTS

Nous trouvons sur ce point des dispositions bien différentes selon que nous nous plaçons aux différentes époques qui ont imprimé leur sceau sur les institutions des pays coutumiers.

C'est ainsi qu'à l'époque où les divers peuples barbares occupaient la Gaule, il est permis de supposer qu'il existait entre les époux un droit de succession réciproque à défaut de parents à un certain degré. Cela résulte de deux textes, dont l'un écrit dans la loi des Visigoths (liv. IV., titr, II, § 11) est formel, et attribue au survivant la succession du prédécédé à défaut de parents au septième degré. Du second texte, qui se trouve dans la loi des Bavarois (liv. XIV, cap. IX, § 4), et qui attribue au fisc la succession des époux, quand tous deux sont prédécédés sans laisser de parents au septième degré, il est bien permis de déduire, que ce texte ne les suppose prédécédés tous les deux, que parce que sans cela le survivant eût exclu le fisc. Il est vrai

Digitized by Google

qu'on pourrait tirer un argument favorable à la thèse contraire à celle que nous soutenons, en s'appuyant sur un texte de la loi Lombarde (Edit de Rotharis, § 201), qui attribue le *faderfium* en cas de prédécès de la femme aux enfants communs, à leur défaut aux constituants, et enfin au fisc, sans qu'il soit question du droit de mari. Mais la réponse à cet argument serait facile, et il suffirait pour le détruire de faire remarquer l'hypothèse dans laquelle nous place le § 200. Il s'agit d'un mari qui a tué sa femme sans cause légitime, et la privation du *faderfium* est précisément une punition infligée au mari pour ce crime. L'argument pourrait même se retourner contre nos adversaires, et ce ne serait pas sans raison, qu'on pourrait leur répondre que, si le mari n'avait point été un meurtrier, il aurait eu droit au *faderfium*.

A l'époque féodale rien ne vient nous renseigner d'une façon précise sur les droits successoraux entre époux. Il est vrai qu'on a essayé de faire une application générale d'un texte des assises de Jérusalem, (Cour des Bourgeois, ch. CLXXXVI), qui s'exprime en ces termes : « *Nuls home n'est si dreit heir au mort come est sa feme et légitime espouze* ». Mais nous ne croyons pas, quant à nous, que ce texte appliqué sans doute dans les pays occupés par les croisés, ait été une loi générale, car nous nous refusons à admettre, qu'il ne soit fait nulle autre part mention d'une disposition aussi importante, si elle avait été généralement appliquée. Nous ne savons donc pas, en réalité, si, à cette époque, le conjoint survivant primait quelqu'un des parents légiti-

Digitized by Google

mes du prédécédé, et nous sommes amenés à croire, par un texte de Loysel, qu'à cette époque le seigneur lui-même, c'est-à-dire le fisc, primait le conjoint survivant. Réglant en effet la succession d'un bâtard marié et mort sans enfants (II, 5, 26, règle 342), il appelle à la succession le seigneur haut justicier. Cette règle établie pour un cas particulier était peut-être généralement suivie.

Ce qu'il y a de certain, c'est que pas plus à ce moment qu'à l'époque suivante la quarte du conjoint pauvre, qui avait été accueillie comme nous l'avons vu, dans les pays de droit écrit, ne fût admise dans les pays coutumiers.

Mais après l'époque féodale, à l'époque monarchique, on en revint à l'application de l'édit *unde vir et uxor*. L'époux survivant fut préféré au fisc, sauf en Normandie (art. 146), dans le Maine (art. 286) et l'Anjou (art. 268). On lui reconnut même la saisine, et il fut préféré aux enfants naturels qui ne succédaient jamais.

Digitized by Google

TITRE II

DES AUTRES AVANTAGES QUE LA COMMUNAUTÉ OU LE MARIAGE CRÉAIT ENTRE LES ÉPOUX

En outre des droits successoraux proprement dits que nous venons d'examiner, la communauté et le mariage procuraient aux époux certains avantages successoraux qu'il nous faut mentionner. Nous les étudierons plus brièvement, puisqu'il ne s'agit pas là de droits rentrant complètement dans le cadre de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DE SUCCESSION RÉSULTANT DE LA COMMUNAUTÉ

Parmi les droits successoraux que le régime de communauté, observé presqu'universellement dans les pays coutumiers, faisait naître entre les époux, les uns leur étaient attribués sans convention spéciale, et résultaient pour eux du bénéfice de la loi, les autres ne naissaient

Digitized by Google

que par suite de stipulations. Nous allons les examiner dans deux sections distinctes.

Section I. — Droits légaux.

§ I. — *Préciput légal des nobles.*

Au premier rang des droits légaux, nous devons placer le principut légal des nobles, qui, comme son nom l'indique, n'était accordé qu'aux gens d'origine noble.

Voici, au reste, comment la coutume de Paris, dans son article 238, définissait ce droit : « Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurant tant en la ville de Paris que dehors, et vivant noblement, va de vie à trépas, il est en la faculté du survivant de prendre et accepter les meubles étant hors la ville et faubourgs de Paris, sans fraude ; auquel cas il est tenu de payer les dettes mobilières et les obsèques et funérailles d'icelui trépassé, pourvu qu'il n'y ait enfants; et s'il y a enfants, partissent pour moitié. »

La lecture de cet article indique bien, quoique cela n'y soit pas dit d'une façon expresse, qu'il s'agit là d'époux nobles *mariés sous le régime de communauté et ayant accepté la communauté,* car le mot de préciput indique par lui-même un prélèvement avant partage ; on parle en outre d'un droit à la moitié en présence d'enfants ; enfin, sans acceptation de communauté, il n'y aurait pas lieu de penser à un prélèvement.

Il fallait en outre, pour qu'ils eussent droit au préciput,

Digitized by Google

que les époux vécussent noblement (1), c'est-à-dire sans exercer aucune profession *faisant déroger*, et qu'ils n'eussent point d'enfants.

Ce préciput, qui était reconnu par la coutume de Paris et celles du centre de la France, ne portait que sur les meubles, et dans la coutume de Paris sur ceux sis en dehors de la ville et des faubourgs. Mais, par meubles, fallait-il entendre seulement les meubles meublants, ou aussi les créances et les sommes d'argent ? Les jurisconsultes du temps ne sont point d'accord sur ce point important, et Pothier lui-même se contredit dans son *Traité du Préciput (n° 18)*, où il admet les créances parmi les meubles soumis au préciput, et dans son *Traité de la Communauté* (n° 429), où il se range à l'opinion contraire.

L'époux qui profitait de ce droit considérable était, il est vrai, soumis à des charges. Il devait payer les dettes et les funérailles du prédécédé. Mais là encore nous nous heurtons à des controverses. Lebrun et Duplessis entendaient par dettes celles de l'époux lui-même. Lemaître et Pothier ne parlent que de celles de la communauté. Controverse aussi quand il s'agissait de savoir si la veuve survivante, en faisant inventaire, jouissait du droit de n'être tenue que dans les limites de son émolument.

§ II. — *De la dévolution.*

Le droit coutumier admettait deux sortes de dévolution. L'une d'elles doit nous occuper.

(1) Si le mari était noble il anoblissait la femme, mais la noblesse de la femme ne donnait pas au mari la qualité de noble.

Digitized by Google

Elle avait lieu lorsqu'un des deux époux décédait en laissant des enfants. Dans ce cas les biens du survivant étaient affectés, par préférence, aux enfants issus de ce mariage, à l'exclusion de ceux qui pourraient lui naître d'une autre union. Cette entrave au droit de disposition sur ses propres biens était compensée pour l'époux survivant par un usufruit universel sur les immeubles de l'époux prédécédé, et, en outre, par ce fait que tous les biens meubles composant la communauté, au lieu d'être partagés entre le survivant et les enfants du prédécédé, étaient acquis en totalité au survivant.

Ce droit de dévolution était originaire d'Allemagne et était surtout suivi, avec des divergences nombreuses sur lesquelles nous n'avons pas à nous étendre, dans le Limbourg, la Lorraine, l'Alsace, le Brabant, le Hainaut, la Flandre, l'Artois, à Liège et à Namur.

§ III. — *De l'entravetissement.*

Ce gain de survie n'existait lui aussi qu'au cas de communauté entre les époux, et était usité dans les coutumes de Lille, Douai, Arras, Cambrai, Valenciennes. Il était de deux sortes : légal ou conventionnel. Le premier s'appelait *entravetissement de sang,* le second *entravetissement par lettres.*

L'entravetissement de sang, qui était comme une récompense donnée par ces coutumes aux époux qui avaient des enfants de leur mariage, attribuait généralement au survivant des époux mariés en communauté la pleine propriété de toute la part du conjoint prédécédé dans la communauté, meubles et héritages. Re-

Digitized by Google

marquons que ce droit était d'autant plus considérable que, dans ces coutumes, la communauté était très étendue, et comprenait même les immeubles qui appartenaient aux époux lors de leur mariage. Il allait jusqu'à exclure la légitime des époux.

En cas de second mariage, l'époux survivant voyait son droit réduit à une propriété sur les meubles, et il ne pouvait avoir d'entravetissement sur les biens de sa seconde femme.

L'entravetissement par lettres était une sorte d'indemnité conventionnelle, que se donnaient les époux, lorsqu'ils n'avaient point eu le bonheur d'avoir des enfants. Comme tous les gains de survie conventionnels, il était subordonné aux stipulations des époux, mais consistait généralement en un droit de propriété plutôt qu'en un droit d'usufruit.

Section II. — Droits conventionnels.

En dehors de ces avantages légaux que les coutumes accordaient aux époux mariés sous le régime de communauté, il était permis aux époux d'avantager plus ou moins le survivant, jusqu'au point de supprimer complètement le partage par moitié. Les principales clauses qu'il était ainsi permis d'introduire dans les contrats de mariage étaient les suivantes : attribution au survivant d'un préciput plus ou moins considérable, ou d'une part supérieure à la moitié, ou de toute la communauté, en réduisant les héritiers du prédécédé à une somme fixe, ou enfin attribution au survivant de tous les acquêts, en ne laissant aux héritiers du prémourant que les apports de leur auteur.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS ENTRE ÉPOUX

Les coutumes variaient beaucoup sur l'étendue des donations qu'elles permettaient entre mari et femme.

Pothier les divisait à ce sujet en quatre classes. Nous allons le suivre dans cette classification :

1re classe. — Elle comprenait les coutumes de Paris, d'Orléans et le plus grand nombre des autres qui défendaient toute donation et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme pendant le mariage, donations testamentaires aussi bien que donations entre-vifs.

La plupart admettaient cependant le don mutuel, au moins de certains biens et en certains cas.

2e classe. — La seconde classe comprenait les coutumes qui défendaient les donations entre-vifs pendant le mariage, à l'exception du don mutuel, mais qui permettaient les donations testamentaires.

Parmi celles-ci, les unes, comme celles de Chartres, de Châteauneuf, de Péronne, les permettaient, qu'il y eût ou non des enfants; les autres au contraire, comme celle de Mantes, ne les admettaieut qu'en l'absence d'enfants.

Une grande diversité régnait aussi entre elles quant

Digitized by Google

au *quantum* de ces donations testamentaires. Les unes, comme celles de Péronne, de Ponthieu, de Châteauneuf, de Dreux, de Chartres, le fixait à tout ce qui pouvait être donné à un étranger. Celle de Reims ne leur permettait de se donner « *la moitié de leur naissant et acquêts faits auparavant leur mariage, qu'en usufruit seulement.* »

3e classe. — Elle comprenait les coutumes qui admettaient non seulement les donations testamentaires, mais aussi les donations simples entre-vifs, lorsque le conjoint était prédécédé, sans les avoir révoquées, conformément aux principes du Droit romain.

Telle était la coutume de Touraine, dans le cas où les conjoints n'avaient pas d'enfants, celle du Poitou, qu'il y eût ou non des enfants.

4e classe. — Dans cette classe, Pothier rangeait les coutumes qui permettaient à l'un des conjoints de faire à l'autre une donation entre-vifs simple, au moins dans certains cas et sous certaines restrictions.

Telles étaient :

Celle d'Angoumois, qui permettait les donations entre-vifs, ou mutuelles, ou simples en usufruit, de leurs meubles acquêts et du tiers de leurs propres, dans le cas où ils n'avaient pas d'enfants;

Celle de Montfort, qui admettait les donations entre-vifs, en usufruit des meubles et conquêts et du quart des propres, quand il n'y avait pas d'enfants.

Celle de Noyon allait encore plus loin, et permettait en présence d'enfants la donation des meubles et acquêts, sauf la légitime des enfants, et en leur absence, la

Digitized by Google

donation des meubles et acquêts en propriété, et de la moitié des propres en usufruit.

La coutume de Saint-Jean-d'Angély (1) et celle d'Auvergne étaient aussi rangées dans cette classe. Cette dernière faisait toutefois une distinction entre l'homme et la femme. Elle permettait à l'homme de faire à la femme donation entre-vifs de tous ses biens, sauf la légitime des enfants, et elle défendait à la femme de rien donner à son mari.

(1) « Maichin, en son Commentaire sur l'article 13 du titre 8 de cette Coutume, dit qu'on en avait douté dans la Province, et que plusieurs entendaient l'article 13, qui contient cette permission, non des véritables donations entre-vifs, mais de celles qui étaient confirmées par la mort du donateur qui mourait sans les avoir révoquées ; mais cette interprétation étant contraire au sens du texte, sans qu'il n'y eût rien dans cette coutume qui la favorisât, a été rejetée ; et il a été jugé par un arrêt du Parlement de Bordeaux, du mois de mai 1642, dans l'espèce d'une donation entre-vifs simple, faite par une femme à son mari pendant le mariage, qu'elle était une véritable donation entre-vifs, que la donatrice n'avait pu révoquer. » Pothier, *Traité des donations, Ch. prélim., art. 1, 14.*

Digitized by Google

TITRE III

INFLUENCE DES SECONDS MARIAGES SUR LES DROITS SUCCESSORAUX DES ÉPOUX

Nous avons déjà eu l'occasion de parler du célèbre édit de François Ier, et nous savons qu'il contenait deux chefs.

Le premier, contenant la prohibition pour les époux qui se remariaient ayant des enfants d'un premier mariage de donner à leur second conjoint, même de leurs propres biens, plus qu'une part de l'enfant le moins prenant dans leur succession, s'appliquait à toutes les libéralités que nous venons de trouver dans les pays coutumiers, sauf au douaire, qui était considéré bien plutôt comme une dette du mariage que comme un avantage. Il s'appliquait cependant au douaire conventionnel, lorsqu'il dépassait le douaire coutumier, (arrêts du 18 juillet 1615 et du 10 juillet 1656).

Le second chef défendait au survivant des conjoints de rien donner au nouvel époux des biens provenant du conjoint prédécédé, et l'obligeait à conserver ces

Digitized by Google

mêmes biens aux enfants nés du premier mariage. Il s'appliquait à toutes les libéralités entre-vifs ou testamentaires faites par le prédécédé au convolant, et non seulement aux libéralités directes, mais en général à tous les avantages directs ou indirects émanés du prédécédé, et notamment à ceux résultant des conventions matrimoniales intervenues entre lui et le survivant. C'est ainsi qu'il s'appliquait notamment au douaire conventionnel et au préciput conventionnel.

Les coutumes de Paris et d'Orléans étendaient ce second chef de l'Édit, et considérant comme un avantage la part que la femme veuve prenait dans la communauté dissoute, décidaient qu'à l'égard des conquêts faits avec ses précédents maris, la veuve remariée ne pourrait en disposer aucunement au préjudice de ses enfants issus desdits maris. On était généralement d'avis d'appliquer aux hommes cette extension de l'Édit.

Cette étude sur les restrictions, que les secondes noces imposaient aux époux dans leur faculté de dispositions, ne serait pas complète, si nous ne signalions une ordonnance célèbre de Henri III, rendue en 1579, à la suite des États de Blois, par laquelle toutes les donations et avantages faits aux maris *indignes de leur condition*, qu'épousaient les femmes veuves ayant des enfants, étaient *nuls et de nul effet*. L'ordonnance allait plus loin et disait que les femmes qui avaient conféré ces avantages, pouvaient être privées et interdites de la disposition de leurs biens.

Digitized by Google

TITRE V

RÉSUMÉ ET EXAMEN DES DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS COUTUMIERS

Dans les pays coutumiers nous ne rencontrons pas, comme dans les pays de droit écrit, la quarte du conjoint pauvre, et c'est à peine, si, dans la suite des siècles, l'époux survivant à défaut d'enfants et de parents vint primer le fisc. Mais, dans ces pays, les conjoints trouvaient, dans le régime matrimonial qu'ils adoptaient, un tempérament à l'absence de gains de survie aussi nombreux que ceux des pays de droit écrit. La communauté assurait toujours en effet au conjoint le plus pauvre une portion des biens du plus riche, et en outre la veuve, c'est-à-dire le conjoint qu'il importe le plus de protéger, à cause de sa faiblesse et de la difficulté qu'il éprouve à se procurer des moyens d'existence, trouvait, dans le douaire, des ressources, qui lui permettaient de continuer, après la mort de son conjoint, le genre de vie auquel ce dernier l'avait habituée. Certes, les pays coutumiers, avec la diversité de leurs usages, avec les iné-

Digitized by Google

galités qu'ils consacraient entre les époux, sont loin de nous sembler avoir atteint la perfection dans la façon dont ils réglaient les rapports successoraux entre époux, mais leurs dispositions nous semblent encore bien préférable à celles que nos législateurs ont adoptées.

Digitized by Google

Digitized by Google

TROISIÈME PARTIE

DROIT MODERNE FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES

Nous voici arrivé à la partie la plus importante de notre étude, car il nous reste à examiner, comment, dans notre législation actuelle, est traité l'époux survivant, vis-à-vis de la succession de son conjoint prédécédé. C'est là que nous allons constater cette imperfection et cette lacune regrettables que nous avons déjà signalées. Imperfection et lacune si visibles, que, depuis la promulgation de notre Code, des efforts nombreux ont été tentés pour les faire disparaître. C'est là que nous allons voir aussi, que, si ces tentatives n'ont pas encore réussi à faire modifier l'article 767 du Code civil, des lois spéciales sont venues tout au moins améliorer dans des

Digitized by Google

cas particuliers la situation du conjoint survivant, et que la proposition de loi, qui va être discutée à la Chambre des Députés, nous permet d'espérer dans un avenir prochain une amélioration désirée par la plupart de ceux qui se sont occupés de cette question.

Nous avons consacré le premier livre de cette troisième partie à l'exposé du système du Code civil et à son appréciation.

Dans le second nous avons recherché comment était traité le conjoint survivant dans les lois spéciales auxquelles nous avons fait allusion, et dans les législations étrangères.

Dans le troisième enfin nous avons rangé les essais faits pour améliorer le système du Code civil, et indiqué quel serait, selon nous, le meilleur moyen de parvenir à ce but.

Digitized by Google

LIVRE PREMIER

LE CODE CIVIL

TITRE PREMIER

LOIS ANTÉRIEURES AU CODE ET TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE

CHAPITRE PREMIER

ABOLITION DES GAINS DE SURVIE PAR LA LOI DU 17 NIVÔSE AN II

Nous venons de voir comment était traité le conjoint survivant dans les divers pays de notre ancienne France.

Les lois de l'époque révolutionnaire, en renversant l'édifice social si laborieusement construit par les siècles précédents, n'épargnèrent point les gains de survie.

Mais écoutons M. Bourbeau, dans le remarquable discours qu'il prononça au Sénat dans la séance du 6 mars 1877, nous montrer sous quelles atteintes succombèrent les droits successoraux entre époux :

Digitized by Google

« Chacun sait, dit-il en parlant de l'ancien régime, qu'en matière de succession il y avait des privilèges, les droits d'aînesse et de masculinité par exemple ; il y avait encore, comme entraves à la circulation des biens, les substitions, le retrait lignager ; en d'autres termes, c'était le système du privilège, au lieu du système d'égalité qui allait bientôt triompher.

« Mais au moins, à cette époque où l'on avait considéré que les intérêts de la famille exigeaient que les biens s'y perpétuassent et fussent consacrés de manière à être plus facilement conservés , le mariage avait toujours été honoré , et le principe de son indissolubilité était pour ainsi dire corrélatif avec ces droits, qui venaient se rattacher au veuvage de l'époux, comme pour démontrer, qu'au delà du tombeau il y avait encore des affections, et que si le mariage était l'union des corps et des biens, il était aussi l'union des âmes.

« Voilà pourquoi, après le décès de l'époux, celui qui avait survécu , le veuf ou la veuve, retrouvait encore, à l'aide de la jouissance des biens qui lui étaient concédés par la coutume ou le droit écrit, les mêmes habitudes d'existence, conservait le même toit conjugal sous lequel il pouvait trouver un asile ; c'est qu'à cette époque, le mariage avait cette indissolubilité qui résultait de ce que la religion le consacrait, et qu'il était considéré, comme recevant des actes que la religion accomplissait, cette grandeur qui appartient aux choses sacrées; le mariage, je le répète, avait ces effets produits, non pas seulement pendant qu'il existait

Digitized by Google

matériellement, mais encore au delà du tombeau, et par le souvenir qu'il était censé laisser dans l'âme de celui qui lui survivait.

« Mais la législation nouvelle, qui va d'abord proscrire tout ce qui ressemble à un privilège, ira bientôt au delà du but qu'il s'agissait d'atteindre. L'égalité triomphait, mais aux dépens de la liberté civile; et cette loi du 17 nivôse an II, qu'on peut considérer comme l'acte le plus audacieux des législateurs de cette époque, supprimait la liberté de tester, afin de maintenir l'égalité dans la famille, ou du moins, si le droit de tester avait été réservé, il ne pouvait pas s'exercer au profit des enfants et des descendants, condamnés à cette égalité mathématique dans laquelle l'affection ne pouvait pas établir de préférences, et plaçait sous le même niveau tous les enfants, en haine des abus nés des privilèges abolis. Et la réserve héréditaire ? La réserve était considérable, non-seulement au profit des enfants et des ascendants, mais au profit des collatéraux. Et le père de famille ne pouvait disposer même en faveur d'étrangers, — jamais en faveur de ses héritiers, — que du sixième, s'il y avait des collatéraux, du dixième seulement, dans le cas où il y avait des enfants.

« Au milieu de cette révolution qui vient modifier les relations de la famille, qu'était devenu le mariage ?

« Quelque temps avant la loi du 17 nivôse an II, un décret, qui porte la date du 20 septembre 1792, avait porté un coup funeste à la sainteté du mariage, et le divorce pour simple incompatibilité d'humeur étant

Digitized by Google

inauguré dans notre législation, que devenait la sainteté du mariage? Que devenait cette volonté persistante, qui semblait vouloir gratifier encore au delà du tombeau, sans même avoir besoin de l'exprimer, par la seule présomption de l'affection qui avait, à l'origine, présidé à la célébration du mariage ? Que devenait, je le répète, cette présomption d'affection, cette volonté légale de laisser à l'époux survivant au moins une aisance correspondante à la fortune de l'époux prédécédé ?

« Eh bien, vous l'avez déjà compris, dès que le mariage a perdu son indissolubilité, dès que l'ont peut y trouver ce changement, cette inconstance dans les volontés, cette dissolution facultative, comment supposer qu'à ce mariage, ainsi constitué dans ces éléments nouveaux, puisse se rattacher une présomption de gratifier l'époux après le mariage, même dissous par la mort ?

« C'était impossible, et la loi du 17 nivôse an II effaçait tous les anciens gains de survie, même pour les époux qui avaient été mariés avant la promulgation de cette loi ; elle ne laissait subsister que les stipulations qui avaient été écrites dans les contrats de mariage. Loi rétroactive contre les gains de survie, aussi bien que contre les donations antérieures, qui auraient été en opposition avec les principes d'égalité récemment proclamés.....

« C'est ainsi que disparurent les anciens gains de survie. Le mariage est déshonoré par le divorce pour incompatibilité d'humeur, et en même temps les

Digitized by Google

gains de survie disparaissent. Comment supposer une volonté affectueuse, même au delà du tombeau, lorsque le mariage peut être à chaque instant dissous par volonté mutuelle, par simple incompatibilité d'humeur, pendant que les deux époux sont encore en présence ?

« Ce n'est donc pas le Code civil, comme on l'a dit par erreur, qui a supprimé les gains de survie, ce sont les lois de l'époque révolutionnaire, et ces lois sont contemporaines du divorce introduit dans nos mœurs, contemporaines de ce mépris du lien conjugal. »

Nous n'aurions su établir en termes aussi éloquents les causes qui firent disparaître les anciens gains de survie ; aussi avons nous préféré emprunter les lignes précitées à un des plus remarquables discours qui aient été prononcés devant le Sénat, lors de la discussion du projet de loi de M. Delsol, sur lequel nous aurons à revenir.

Ajoutons cependant que pendant que la loi de nivôse se montrait hostile aux dispositions gratuites entre parents, elle les permettait largement aux époux, et les préservait en même temps de la nullité rétroactive qu'elle prononçait contre les autres libéralités. Les époux purent se donner la moitié de tous leurs biens en usufruit, quand ils avaient des enfants communs ou d'un premier mariage ; et à défaut d'enfants, aucune restriction ne fut apportée à leurs libéralités, même en face d'ascendants. Il semble qu'au moment où le mariage perd de sa dignité, la prohibition qui avait entouré jusqu'alors les dispositions gratuites entre époux n'ait

Digitized by Google

plus sa raison d'être, et que le législateur n'ait plus souci désormais de maintenir le désintéressement dans la société conjugale !

CHAPITRE II

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL

A peine la loi de nivôse an II était-elle votée, qu'une réaction se produisit dans les esprits contre celle de ses dispositions qui abolissait les gains de survie. Nous en trouvons la preuve dans le troisième projet du Code civil, que Cambacérès présentait deux ans après, c'est-à-dire en messidor an IV, et qui contient un texte par lequel un usufruit est accordé au survivant des époux, dans le cas où ils n'ont pas stipulé entre eux d'avantages singuliers ou réciproques. Le texte auquel nous faisons allusion est l'art. 322, du livre I, titre VI, de ce troisième projet. Il est ainsi conçu : « *Lorsque les époux n'ont point stipulé entre eux des avantages singuliers ou réciproques, celui qui survit obtient le tiers en usufruit des immeubles qui appartiennent au prédécédé.* » L'art. suivant réglait les conditions selon lesquelles serait calculé cet usufruit : « *Ce tiers est pris déduction faite des charges dont ces immeubles sont grevés.* » L'art. 324 enfin, inspiré sans doute par le souvenir de l'Édit des secondes noces, limitait cet usufruit dans le cas où, au

Digitized by Google

moment du mariage, l'époux donateur avait déjà des enfants qui lui survivaient : « *Ce tiers est limité à l'usufruit d'une portion héréditaire dans le cas de l'art. 321* », c'est-à-dire dans le cas que nous venons d'indiquer.

Ici nous ne rencontrons plus, comme dans notre ancien droit, de distinction entre l'époux et l'épouse. L'égalité civile des sexes est un principe fondamental de notre loi moderne. Faut-il ajouter qu'il ne saurait être non plus question de droits différents pour le conjoint roturier et pour le conjoint noble? L'égalité de tous devant la loi est une des conquêtes de la Révolution qu'il n'est point besoin de rappeler, tant elle est présente, et à si juste titre, à l'esprit de tous.

Quelle est la raison pour laquelle, après la proposition faite par Cambacérès en l'an IV, on ne voit pas reproduite dans un projet nouveau cette disposition bienveillante ?

Les uns, les plus nombreux, l'attribuent à un oubli du législateur, et ils s'appuient, à cet effet, sur le procès-verbal de la séance du 9 nivose an XI (30 décembre 1802) au Conseil d'État, que rapporte Fenet, tome XII, p. 38 :

« M. Maleville observe qu'on a omis dans ce chapitre une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant, lorsqu'il était pauvre et qu'il ne recueillait pas la succession.

« M. Treilhard répond que par l'art. 55 on lui accorde l'usufruit d'un tiers des biens. »

Or l'art. 55, — ou plutôt l'art. 40, car Treilhard, non

Digitized by Google

content de confondre la mère avec l'épouse, se serait encore trompé sur le numéro de l'article, — accordait bien un usufruit au survivant des *père et mère* sur les biens de leur *enfant* prédécédé, mais ne parlait pas d'un droit de succession réciproque des *conjoints*. Cet usufruit n'était pas non plus d'un tiers, car tout serait erreur dans la réponse de Treilhard, mais bien d'un sixième.

C'est donc une méprise, dit-on, et non un oubli des sages leçons du passé, qui a fait ainsi sacrifier l'époux survivant.

Pareille erreur peut étonner, et il est permis de se demander si ce n'est point un parti pris de ne rien accorder au conjoint survivant, qui a ainsi empêché les membres du Conseil d'État de relever l'inadvertance de Treilhard. On ne peut en effet prétendre que l'attention des membres du Conseil n'ait point été attirée sur ces graves matières. Elles venaient au contraire de les préoccuper vivement, si l'on en croit le procès-verbal de la même séance rapportée par Fenet, puisqu'on y trouve une discussion assez vive, à laquelle prirent part Maleville, Tronchet, Berlier, Bigot-Préameneu, Treilhard, et qui porte sur le point de savoir si, à défaut de parents au degré successible et d'enfants survivants, la succession de l'époux prédécédé doit être déférée au conjoint survivant, dans le cas de séparation de corps.

Et puis, si cette méprise s'est produite devant le Conseil d'État, il semble bien difficile d'admettre qu'elle n'ait été relevée par aucun des autres corps auquel fut soumis le Code civil avant d'être promulgué, s'il n'avait

Digitized by Google

été dans l'esprit de tous d'abandonner le droit véritablement national, qui avait accompagné le mariage pendant des siècles, aussi bien dans les Pays de Droit écrit que dans les Pays coutumiers.

Quoi qu'il en soit, le Code civil, comme nous allons le voir, a rompu avec les anciennes traditions, et établi un système de succession entre époux, qui a attiré le blâme de la plupart des jurisconsultes qui l'ont commenté.

Digitized by Google

TITRE III

SYSTÈME DU CODE CIVIL QUANT AUX DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX

C'est à peine si le Code a conservé dans les divers régimes nuptiaux quelques-uns des modiques avantages, que nous avons rencontrés dans notre ancien droit, sous la dénomination de reprise des linges et hardes, deuil, nourriture et habitation. Nous les étudierons successivement dans le premier chapitre de ce titre.

Dans le second, nous aurons à examiner le rang éloigné dans lequel notre code appelle le conjoint survivant à la succession du prédécédé.

Dans le troisième enfin, et pour avoir une idée complète de notre législation, nous jetterons un rapide coup d'œil sur les gains que la convention peut procurer au conjoint survivant.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

DROITS DE VIDUITÉ

Nous comprenons sous ce titre les divers droits que nous avons déjà énumérés, et qui constituent moins pour la veuve survivante un avantage, qu'ils ne la préservent d'une perte.

Remarquons que ces divers droits ne sont accordés qu'à la veuve.

Ils sont au nombre de quatre et nous allons les examiner dans autant de sections différentes.

Section I. — De la reprise des linges et hardes.

Ce sont les art. 1492 et 1495 pour le régime de communauté, et l'art. 1566 pour le régime dotal, qui accordent à la femme le droit de reprendre les linges et hardes à son usage personnel.

Ces articles sont ainsi conçus :

Art. 1492. — « *La femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef.*

Elle retire seulement les linges et hardes à son usage. »

Art. 1566. — « *Si les meubles, dont la propriété reste à la femme, ont dépéri par l'usage et sans la faute du mari,*

Digitized by Google

il ne sera tenu de rendre que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouveront. Et néanmoins la femme pourra, dans tous les cas, retirer les linges et hardes à son usage actuel, sauf à précompter leur valeur, lorsque ces hardes et linges auront été primitivement constitués avec estimation. »

Quant à l'art. 1495, il limite à la veuve le droit d'exercer cette reprise et le refuse à ses héritiers. Il s'exprime en ces termes :

« *Elle peut exercer toutes les actions et reprises ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari.*

Ses héritiers le peuvent de même, sauf en ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer ; lesquels droits sont purement personnels à la femme survivante. »

Ainsi donc quand la femme est mariée sous le régime de la communauté et qu'elle renonce, elle peut au moins reprendre ses linges et hardes, si elle perd tous les droits qu'elle avait sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y était entré de son chef.

Mais que décider dans le cas où la veuve accepte la communauté ? Devra-t-on lui accorder cependant ce droit de reprise de ses linges et hardes, ou le lui refuser ? Il est certain que le texte ne parle que de la veuve renonçante, que la veuve qui accepte n'aura pas à craindre la privation de toutes les choses dont elle se servait, puisqu'elle en aura au moins la moitié, et que le partage lui permettra d'avoir les objets qui lui étaient les

Digitized by Google

plus chers. Mais la raison de convenance qui a fait accorder à la veuve renonçante le droit de reprendre ses linges et hardes, est-elle moins forte pour la veuve qui accepte ? Serait-il plus séant, que ses vêtements lui fussent laissés dans un cas, et que dans l'autre ils fussent tirés au sort ou vendus aux enchères publiques par les héritiers du mari ? Sans doute la loi se tait et ne parle que de la veuve renonçante. Mais, selon nous, on ne doit pas tirer argument de son silence pour refuser à la veuve acceptante un droit que l'équité et les convenances font un devoir de lui accorder.

Et c'est si bien cette raison de convenance, qui a dicté l'article 1492, que l'article 1495 refuse aux héritiers de la femme ce même droit, parce que, précisément, il n'y a pas pour eux les mêmes raisons de convenance que pour elle. Les linges et hardes à l'usage de la veuve leur sont fort indifférents, la vente ou le le partage d'objets personnels au *de cujus* leur importera peu, et les convenances ne seront en rien blessées par la dispersion en leur présence de ces objets par les enchères publiques. Ainsi, que la femme vienne à mourir avant son mari, ou qu'elle lui survive sans avoir exercé son droit en reprise de ses linges et hardes, ses héritiers ne pourront exercer le droit, qu'elle n'a point elle-même exercé.

La veuve acceptante ou renonçante sous le régime de communauté, et la femme dotale à la charge de précompter sur sa dot la valeur de ses linges et hardes, s'ils ont été apportés avec estimation, ont donc cette action en reprise. Doit-on, dans le silence de la loi, accorder ce même droit à la femme mariée sous tout autre régime? La question ne

Digitized by Google

saurait être douteuse à notre avis, car, sous les autres régimes, les linges et hardes sont la propriété exclusive de la femme, et il est juste de dire alors, qu'elle conserve dans ses biens, plutôt qu'elle ne reprend dans ceux du mari, des objets qui n'en ont jamais fait partie.

Il nous reste à examiner ce qu'il faut entendre par *linges et hardes à son usage.*

Par linges à son usage, on doit entendre seulement le linge de corps de la femme, car le linge de lit et de table ne peut évidemment être compris dans le linge personnel à la femme, puisqu'il sert aux deux époux à la fois.

Par *hardes* il faut entendre les toilettes de la femme, sa garde-robe tout entière. Moins rigoureuse que les anciennes coutumes, il semble bien en effet que la loi ne veuille pas ici limiter les reprises de la femme à telle ou telle robe.

Mais il ne faut pas trop étendre ce droit, et il ne doit pas comprendre les objets de prix, dentelles parures, qui accompagnent ordinairement la toilette de la femme. Si elle renonce en effet, c'est que la communauté est peu solvable, et la femme doit être la première à désirer, que des objets de prix ne soient pas enlevés aux créanciers de son mari. Si elle accepte au contraire, il est équitable que ces objets de prix, au lieu d'être prélevés par elle, soient imputés sur sa part.

Mais il ne faut pas pousser la rigueur trop loin, et il est des objets, des bijoux même qui doivent lui être laissés, par exemple l'anneau nuptial et certains autres menus cadeaux, qui n'ont guère de prix que celui que le souvenir leur attache.

Digitized by Google

Le Code de Commerce, en cas de faillite du mari, a accordé par son article 560 le même droit à la femme.

Section II. — Du deuil de la veuve.

Nous avons vu comment était appliquée dans l'ancien droit la règle : *Mulier non debet suis sumptibus lugere maritum.* Les législateurs n'ont pas cru devoir l'abandonner, quel que soit le régime sous lequel sont mariés les époux, et l'article 1481 pour la communauté, l'article 1570 pour le régime dotal, allouent à la veuve la somme nécessaire pour pourvoir aux frais de son deuil.

L'article 1481 est ainsi conçu :

« *Le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé.*

La valeur de ce deuil est réglée selon la fortune du mari.

Il est dû même à la femme qui renonce à la communauté. »

Le deuil de la femme n'est donc pas fixé à une somme invariable ; il doit être réglé en argent, selon la position sociale et pécuniaire des époux.

Cette observation s'applique aussi bien à la femme dotale, dont l'article 1570 règle ainsi le droit :

« *Si le mariage est dissous par la mort de la femme, l'intérêt et les fruits de la dot à restituer courent de plein droit au profit de ses héritiers, depuis le jour de la dissolution.*

Si c'est par la mort du mari, la femme a le choix

Digitized by Google

d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari ; mais dans les deux cas, l'habitation durant cette année et les habits de deuil doivent lui être fournis sur la succession, et sans imputation sur les intérêts à elle dûs. »

Cette disposition de l'art. 1570 nous prouve que ce droit appartient à la veuve sous tous les régimes exclusifs de communauté. Nous n'avions donc pas tort de dire en commençant qu'il doit être reconnu à la veuve, quel que soit le régime sous lequel sont mariés les époux.

Il n'est pas douteux que, si la veuve venait à ne pas porter le deuil dont on lui a alloué les frais, les héritiers du mari pourraient exercer la répétition des sommes qu'ils ont payé à cet effet.

Section III. — De la nourriture et de l'habitation.

L'art. 1465 accorde à la veuve commune, acceptante ou renonçante, deux autres droits : celui de nourriture et celui d'habitation.

Il est ainsi conçu :

« *La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit pendant les trois mois et quarante jours, qui lui sont accordé pour faire inventaire et pour délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément.*

Digitized by Google

« *Elle ne doit aucun loyer en raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté, ou appartenant aux héritiers du mari ; et, si la maison qu'habitaient les époux au moment de la dissolution de la communauté était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera pas, pendant les mêmes délais, au payement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse.* »

Que nous sommes loin du droit viager d'habitation, que la plupart des coutumes accordaient à la veuve. Au lieu de ce droit qui lui permettait de continuer pendant toute son existence le train de vie auquel l'avait habitué son époux, un droit d'une durée insignifiante, trois mois et quarante jours, après lesquels, abandonnant les lieux qui lui rappelaient les heures bénies de son union, elle devra aller chercher ailleurs une habitation conforme aux maigres ressources dont elle pourra disposer!

Ainsi donc, la femme commune a contre la succession de son mari une double créance pour sa nourriture et son habitation pendant trois mois et quarante jours. Mais après ces délais, elle ne devra plus compter que sur sa fortune personnelle. Il est vrai que la jurisprudence a essayé d'adoucir dans la mesure du possible la rigueur de la loi et a jugé, par exemple, que la femme survivante, qui prend qualité avant l'expiration des trois mois et quarante jours à elle impartis pour faire inventaire et délibérer, n'en conserve pas moins le droit d'être nourrie et logée aux frais de la communauté pendant la durée de ces délais (*Cass.*, *14 mars 1855*). Mais il faut reconnaître que la loi se montre bien rigou-

Digitized by Google

reuse en faisant abandonner si rapidement à la veuve les lieux auxquels la rattachent tous ses souvenirs des jours heureux.

Quant à la femme dotale, les mêmes droits lui sont reconnus par l'art. 1570, dont nous avons déjà donné le texte, mais ils durent un an au lieu de trois mois et quarante jours. C'est sans doute un souvenir des droits d'*insistance* et de *tenute* que nous avons observés dans l'ancien droit, avec cette différence que ces droits duraient tout le temps pendant lequel la dot n'était pas remboursée, tandis que les droits d'habitation et de nourriture de la veuve dotale ne durent jamais ni plus ni moins d'un an.

CHAPITRE II

DROITS SUCCESSORAUX DU CONJOINT SURVIVANT A DÉFAUT D'ENFANTS ET DE PARENTS

Il semblerait tout au moins, qu'à défaut de gains de survie comme le douaire et l'augment, notre Code aurait pu songer à assigner à l'époux survivant un rang qui lui permit de venir utilement à la succession de son conjoint prédécédé.

Il ne lui était guère possible cependant de lui en assigner un plus mauvais, puisqu'il le place après tous les parents au degré successible, c'est-à-dire après tous les parents jusqu'au douzième degré, et ne le préfère qu'au fisc.

Digitized by Google

Écoutons l'article 767 :

« *Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.* »

Et, comme si le législateur voulait bien faire sentir le rang précaire auquel il relègue le conjoint survivant, il place, aussitôt après, l'article 768, qui « *à défaut du conjoint survivant, appelle l'État à la succession du défunt.* »

Nous n'avons pas à apprécier pour l'instant cette disposition de notre Code, qui donne à l'époux survivant un droit illusoire, car il sera bien rare le cas où il ne se trouvera pas un héritier quelconque préférable au défunt ! Nous réservons nos observations à ce sujet pour le titre III de ce livre, qui sera spécialement consacré à la critique du système de l'article 767.

Mais nous devons dès maintenant l'examiner dans ses effets.

Section I. — Du rang de l'époux survivant.

En ne mentionnant que les parents légitimes au degré successible et les enfants naturels du défunt comme préférables au conjoint survivant, le texte de l'article 767 pourrait donner à penser, que le conjoint l'emporte sur les successeurs irréguliers appelés par les articles 765 et 766, (père et mère naturels et à leur défaut frères et sœurs naturels). Mais la place qu'occupe l'article 767, immédiatement après les articles 765 et 766, suffirait à

Digitized by Google

établir que le conjoint, appelé par l'article 767, ne vient qu'après les héritiers appelés par les deux articles précédents. si l'article 768 ne venait montrer d'une façon indiscutable qu'il n'y a pas de place entre le conjoint survivant et l'État, et que, par conséquent, les héritiers des articles 765 et 766 doivent être préférés au conjoint survivant.

Mais on discute la question de savoir si l'enfant naturel reconnu par l'un des époux après le mariage pourra exercer ses droits héréditaires au préjudice du conjoint.

Ce qui donne lieu à cette difficulté, c'est l'article 337 du Code civil, qui déclare que : « *la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage.* »

A ne lire que cette partie de l'article, il est bien évident que la présence d'un enfant naturel reconnu après le mariage, étant de nature à nuire aux droits héréditaires de l'époux survivant, la succession devrait lui être attribuée, comme si l'enfant n'existait pas. Mais l'article 337 ajoute *in fine:* « *Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.* » Donc, pourrait-on dire, comme il n'y a dans l'espèce proposée aucun enfant du mariage, le droit commun reprend son empire, et l'enfant naturel succède par préférence au conjoint. Mais l'opinion contraire, confirmée par une Req. Rej., 28 mai 1878, (Sir., 79, 1, 337), est

Digitized by Google

généralement adoptée, et on admet que la disposition finale de l'article 337 n'est qu'une déduction du principe posé par l'alinéa 1er, à savoir que la reconnaissance ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, et qu'elle ne saurait par conséquent avoir pour résultat de paralyser dans un cas particulier une application de ce principe. Quoi d'étrange, au reste, à ce que le législateur ait négligé de prévoir une hypothèse, qui, il faut bien le reconnaître, se présentera bien rarement!

Observons que la jurisprudence et la majorité des auteurs appliquent l'article 337 au cas où la reconnaissance résulte d'une décision judiciaire, comme au cas de reconnaissance volontaire (1).

Section II. — De la cause de la vocation de l'époux.

La cause de la vocation de l'époux est le mariage. C'est pourquoi la loi prend soin de dire que si le mariage a été rompu par le divorce, la vocation cesse. Cet effet

(1) Cass., 16 déc. 1861 ; S., 62, 1, 420. — P., 62, 211. — D., 62, 1, 39. — Lyon, 17 mars 1863 ; S., 63, 2, 205. — P., 63, 1, 151. — Pau, 28 juin, et Metz, 10 août 1864 ; S., 64, 2, 246. — P., 64, 1, 210. — D., 64, 2, 159 et 225. — Douai, 14 déc. 1864; S., 65, 2, 167. — P., 65, 726. — Sic : Favard, v° *reconn. d'enf.*, sect. 2, § 2, n° 2; Delvincourt, p. 243; Loiseau, p. 437 ; Richefort, t. II, n° 281 ; Marcadé, art. 337, n° 7 ; Boileux, *sur l'art. 337 ;* Demolombe, t. V, n° 466 ; Massé et Vergé, t. I. p. 328, note 43. — *Junge :* Aubry et Rau, t. VI, § 568 *quater*, et note 17 (4e édit.) ; et Valette, *Explic. somm.*, p. 185, qui avaient d'abord enseigné une opinion contraire.

Jugé en sens contraire : Trib. de la Seine, 26 avril 1859 ; S., 60, 2, 118. — Paris, 9 mars 1860; S., 60, 2,237. — P., 61,963. — Sic : Duranton, t. III, n° 255; Toullier, t. II, n° 958 ; Chabot, *Succ.*, sur l'art. 756, n° 7 ; Valette, *sur Proudhon*, t. II, p. 146, note *a ;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 492 ; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 852, 854 ; Taulier, t. I, p. 434 ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I, § 167, *in fine ;* Delsol, C. civ. expliq., t. I, p. 253 ; Laurent, t. IV, n° 130.

Digitized by Google

ne se produit pas en cas de séparation de corps, car dans cette hypothèse le mariage n'est pas brisé. Est-ce à dire qu'il faille approuver cette disposition de notre Code, et n'aurait-il pas mieux valu prononcer la déchéance de tout droit de succession, tout au moins à l'égard de l'époux *contre lequel* aurait été prononcée la séparation de corps ?

Nous le pensons, mais les déchéances ne se suppléent pas, et dans le silence des textes nous devons adopter une solution qui n'était cependant pas dans l'esprit des rédacteurs du Code, car Fenet, *tom. XII, p. 36, 37 et 38*, nous rapporte la discussion qui eut lieu à cet égard dans le sein du conseil d'État, et, à la suite de laquelle, il fut décidé que l'article du projet serait renvoyé à la section pour être rédigé dans le sens d'une déchéance en cas de séparation de corps. L'article revint plus tard, avec la seule exception du divorce et on ne le remarqua pas.

Que décider dans le cas d'un mariage putatif ? Le mariage putatif produit à l'égard des époux tous les effets civils du mariage ; il leur permettra donc de se succéder, le cas échéant, *pourvu qu'il n'ait pas été annulé de leur vivant*. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le droit de succession cesse comme dans le cas de divorce, car pour succéder il faut avoir le titre d'époux au moment de l'ouverture de la succession, et dans un cas comme dans l'autre, le survivant ou le divorcé a perdu ce titre d'époux. M. Laurent semble admettre la solution contraire, en établissant que le droit de succession est un effet civil du mariage, et en

Digitized by Google

se demandant pourquoi, le mariage annulé, il ne serait pas maintenu entre époux aussi bien qu'il l'est au profit des enfants. Mais il est facile de lui répondre qu'après la déclaration judiciaire de nullité de mariage, les enfants conservent leur qualité d'enfants légitimes, et les droits de succession qu'ils ont à ce titre, tandis que les époux perdent leur titre d'époux, et par conséquent les droits de succession qui tiennent à ce titre.

On pourrait imaginer une situation assez singulière, à propos de ces mariages putatifs. Primus, marié à Secunda, épouse Tertia qui se marie de bonne foi ; Primus meurt, sans parents au degré successible, laissant sa femme légitime et sa femme putative. Elles partageront sa succession, car elles y ont un droit égal. Il en serait autrement, si la nullité du mariage putatif avait été prononcée du vivant du *de cujus*, car dans cette hypothèse la femme légitime succéderait seule.

Section III. — Des effets de cette vocation.

L'époux est appelé à la succession de son conjoint comme successeur irrégulier; l'article 723 prend soin de nous le dire de la façon la plus formelle. Nous n'avons pas à entrer ici dans les détails de la distinction qu'il y a lieu d'établir entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers. Qu'il nous suffise de rappeler que les premiers ont la saisine, tandis que les seconds ne l'ont pas, car c'est là le point capital qui les distingue. Il en résulte, que l'époux survivant doit demander l'autorisation nécessaire pour entrer en possession des choses

Digitized by Google

héréditaires; qu'il ne peut, tant que l'envoi en possession n'a pas été prononcé, exercer toutes les actions héréditaires tant possessoires que pétitoires, et que ces mêmes actions ne peuvent être exercées contre lui; qu'après son acceptation pure et simple, il ne peut être poursuivi qu'*intra vires hereditatis*, à raison des dettes et charges de la succession, etc.

Mais, comme l'héritier légitime, le successeur irrégulier est investi de la propriété des choses héréditaires, car l'article 771, qui décide que *la propriété se transmet par succession*, ne distingue pas entre la succession légitime et la succession irrégulière. L'époux survivant, avant tout envoi en possession, est donc investi de la propriété des biens héréditaires, d'où résulte cette importante conséquence, qu'il transmet son droit à ses héritiers ou ayant-cause, par cela seul qu'il a survécu un instant de raison au défunt.

Pour que sa situation de fait se transforme en situation de droit, l'époux survivant doit accomplir les formalités de l'envoi en possession.

Ces formalités sont énumérées dans les articles 769, 770, 771 et 772.

Elles consistent:

1° Dans l'obligation de faire apposer les scellés et dresser inventaire, (art. 769).

Cette première opération a pour but de constater la valeur de la succession, afin de fixer, d'une part, l'étendue de la restitution qui devra être faite aux véritables ayant-cause, s'il s'en présente, et de déterminer, d'autre part, la mesure dans laquelle le conjoint, tenu des

Digitized by Google

dettes seulement *intra vires hereditatis*, comme tout successeur irrégulier, devra répondre aux poursuites des créanciers de la succession.

2° Dans l'envoi en possession, et les mesures de publicité qui le précèdent.

La demande d'envoi en possession doit être formée devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, par requête.

Le tribunal pourrait, sans avoir recours à aucune mesure préalable de publicité, rejeter *de plano* la demande d'envoi en possession, si elle lui paraissait évidemment mal fondée, au cas par exemple d'existence incontestée d'héritiers qui n'auraient pas renoncé.

Mais si le tribunal admet en principe la demande d'envoi en possession, « *il ne peut statuer qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le Procureur de la République.* »

Ces mesures de publicité sont destinées à avertir les successeurs préférables qui pourraient ne s'être pas révélés.

Une fois qu'elles ont été remplies dans la forme indiquée par le tribunal, on se demande si ce dernier doit faire droit à la demande, ou si l'époux doit encore prouver qu'il n'existe aucun successeur qui lui soit préférable. On rejette assez généralement cette opinion, parce que, dit-on, s'il en était ainsi, on ne verrait pas pourquoi la loi l'obligerait en outre à des mesures conservatoires, comme celle de faire emploi du mobilier ou de donner caution de la restitution future de celui-ci.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, lorsque l'envoi a été prononcé par le tribunal, il est définitif.

Mais on se demande si ce tribunal devrait prononcer cet envoi, dans le cas où il aurait appris d'une façon quelconque l'existence d'un héritier préférable. Les uns soutiennent qu'un héritier connu qui ne se présente pas doit être considéré comme un héritier existant, et que par suite l'époux doit obtenir l'envoi en possession. Les autres prétendent le contraire, parce que, disent-ils, le conjoint n'est appelé qu'à défaut de successeurs préférables, et que sa vocation ne nait point, quand un de ces successeurs existe, bien qu'il reste inactif. On pourrait alors se demander pourquoi la loi exige des mesures de publicité destinées précisément à faire se révéler les héritiers. Mais M. Demolombe propose une distinction très judicieuse, d'après laquelle la solution changerait, selon qu'il s'agirait d'un héritier légitime ou de l'un des successeurs irréguliers, énumérés par les art. 765 et 766 du C. civ. Le premier, ayant la saisine, n'aurait pas besoin de se présenter pour réclamer la succession, et son inaction n'autoriserait pas le tribunal à accorder l'envoi. Le second, ne l'ayant pas, serait obligé d'élever une réclamation pour faire valoir son droit et empêcher l'époux d'obtenir l'envoi en possession.

3° En troisième lieu, « *l'époux survivant est encore tenu de faire emploi du mobilier ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois ans ; après ce délai, la caution est déchargée.* »

L'époux a donc le choix entre l'obligation de faire

Digitized by Google

emploi du mobilier, c'est-à-dire placer l'argent comptant, trouvé dans la succession ou payé par les débiteurs héréditaires, et le prix des meubles corporels après les avoir vendus, selon le mode qui lui convient le mieux, puisque la loi n'en impose aucun, ou donner caution suffisante pour assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers préférables.

Cette caution est une caution légale, qui doit par conséquent satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019, si l'on s'en rapporte à l'art 2040.

S'il ne pouvait trouver une caution, l'époux survivant serait admis, selon l'art. 2041, « *à donner à sa place un gage en nantissement suffisant.* »

La durée de l'engagement de la caution est limitée à trois ans, qui, suivant l'opinion générale, ont pour point de départ le jour où la caution a fait sa soumission. Après ce délai, les héritiers qui se présenteraient n'en seraient pas moins admis à faire valoir leurs droits contre le conjoint, car leur action en pétition d'hérédité ne se prescrit que par trente ans ; mais ils n'auraient plus aucun recours contre la caution, qui serait déchargée de plein droit, par cela seul que le délai de trois ans se serait écoulé, sans qu'il se soit présenté aucun héritier.

L'art. 772 contient la sanction des dispositions qui précèdent, en déclarant que : « *L'époux survivant qui n'aurait pas accompli les formalités qui précèdent, pourra être condamné à des dommages et intérêts envers les héritiers, s'il s'en présente.* »

Après que l'époux a obtenu l'envoi en possession, il a non-seulement la propriété, mais encore la possession

Digitized by Google

de droit, qui a besoin cependant d'être consolidée par une appréhension de fait; cette appréhension ne lui confère pas toutefois la possession rétroactive, en sorte qu'il ne peut continuer la possession du *de cujus,* ni les prescriptions acquisitives commencées par lui, de même qu'il ne peut jouir de tous les avantages, que l'héritier légitime trouve précisément dans la continuation des possessions, que lui donne la saisine.

L'époux n'en est pas moins censé avoir succédé au *de cujus* dès le jour du décès, et tous les actes faits par lui, en qualité d'héritier, sont validés.

Désormais il pourra exercer toutes les actions possessoires ou pétitoires contre les débiteurs héréditaires, ou détenteurs de biens héréditaires, et ces mêmes actions pourront être intentés contre lui, mais *intra vires hereditatis.*

M. Demolombe a bien essayé d'établir qu'il était tenu *ultra vires*, mais son opinion ne nous semble pas devoir être suivie. Il s'appuie sur plusieurs arguments que nous résumerons brièvement. Et d'abord, dit-il, tous ceux, qui recueillent une universalité à un titre quelconque, sont tenus personnellement, et partant *ultra vires,* l'actif ne se concevant pas sans le passif. Ils sont tenus personnellement parce qu'une universalité ne saurait exister sans personnalité qui la soutienne, et qu'ils ne pourraient recueillir une universalité qui n'existerait pas, s'ils ne succédaient pas à la personne. Il ajoute que, quand le Code règle l'obligation ou la contribution aux dettes des héritiers et des successeurs testamentaires, il comprend, sous la dénomina-

Digitized by Google

tion d'héritiers, tous les successeurs *ab intestat*, et par conséquent les successeurs irréguliers, comme les héritiers légitimes. Pour lui l'envoi en possession équivaut à la saisine, et, si l'on admet que l'obligation aux dettes dérive de la saisine, on doit admettre que la même obligation résulte de l'envoi en possession. On ne saurait enfin, à son avis, tirer argument de ce que l'État, successeur irrégulier, n'est point tenu des dettes *ultra vires*, car, pour lui, l'État ne succède pas, mais prend plutôt les biens comme vacants. Les règles de la comptabilité publique, ajoute t-il, s'opposent à ce qu'il paie les dettes *ultra vires*. Quelle que soit la force des arguments présentés par M. Demolombe, son opinion ne nous semble pas devoir être admise pour les raisons suivantes :— les règles de l'acceptation bénéficiaire sont exclusivement relatives aux héritiers légitimes, en sorte qu'il n'y aurait aucun autre moyen pour le conjoint survivant, d'échapper à l'obligation de payer les dettes *ultra vires*, que de renoncer à la succession ; — il ne nous semble pas juste, en second lieu, de décider que le successeur irrégulier représente la personne du défunt,— et nous ne voyons pas enfin comment il est possible de distinguer entre l'époux, successeur irrégulier, et l'État aussi successeur irrégulier, pour obliger l'un aux dettes *ultra vires*, et pour décharger l'autre de pareille obligation. — Nous sommes donc d'avis que l'époux, qui a obtenu l'envoi en possession, ne peut-être poursuivi qu'*intra vires hereditatis*.

C'est aussi une question controversée que celle de savoir si l'époux a droit aux fruits depuis le jour du

Digitized by Google

décès du *de cujus*, ou s'il les acquiert seulement depuis l'envoi. Nous estimons qu'il y a droit depuis le décès du *de cujus*, en nous appuyant sur ce fait, qu'il est propriétaire de l'hérédité depuis le jour du décès, et que, par conséquent, il a droit aux fruits dont elle s'est augmentée depuis cette époque, et nous repoussons l'opinion de ceux qui prétendent, au contraire, qu'il n'a la possession que depuis le jour de l'envoi, et que c'est à partir de ce moment seulement qu'il fait les fruits siens.

Mais un successeur préférable à l'époux peut se présenter, et il nous faut examiner la situation qui serait faite alors à l'époux.

S'il ne se présente que trente ans après l'ouverture de la succession, l'époux est à son égard dans la même situation que l'héritier acceptant d'un degré inférieur à l'égard de l'héritier inactif d'un degré supérieur, et il n'a rien à redouter de ses revendications.

Mais s'il se présente avant l'expiration des trente années, et qu'il exerce contre l'époux la pétition d'hérédité, il triomphera certainement, et nous avons alors à nous demander, quel va être, à son égard, la situation de l'époux qui a été en possession jusqu'au jour où l'héritier préférable a triomphé contre lui dans la pétition d'hérédité. Distinguons à cet effet deux hypothèses : l'époux a ou n'a pas observé les formalités de l'envoi en possession.

Il a observé les formalités de l'envoi en possession, de bonne foi, ignorant l'existence d'un successeur préférable. Il gagne dans ce cas les fruits échus ou perçus depuis l'envoi en possession jusqu'au jour où

Digitized by Google

la pétition d'hérédité a été intentée contre lui. On ne peut dire, en effet, que l'indisponibilité, dont étaient frappés les objets mobiliers pendant les trois premières années de l'envoi en posesssion, constitue l'époux en état de mauvaise foi, et l'oblige à rendre au moins les fruits qu'il a perçus pendant cette période. — Mais on se demande s'il devra indemniser le successeur préférable à l'occassion des détériorations que ses actions ou ses inactions ont pu causer aux choses héréditaires. Là encore, certains auteurs ont voulu le rendre responsable des détériorations subies pendant les trois premières années, mais non de celles intervenues après ce délai. Cette distinction n'a généralement pas été adoptée, car on a fait observer, et à juste titre, que l'envoi était définitif, et que le droit de l'époux était le même, avant comme après les trois premiers années de l'envoi en possession. On doit donc lui appliquer les règles de droit commun pour les dépenses nécessaires ou utiles par lui faites, et ne le rendre responsable que de son enrichissement. — On se demande encore si les actes qu'il a passés avec les tiers sont maintenus ou annulés. Il ne s'agit pas là des actes d'administration qui, pouvant être faits par un *non dominus*, sont certainement maintenus, ni des aliénations de meubles corporels faites à des tiers de bonne foi, qui sont aussi certainement maintenues, car « *en fait de meubles possession vaut titre* », mais des aliénations de meubles corporels à des tiers possesseurs de mauvaise foi, ou de meubles incorporels au profit de possesseurs quelconques, et des aliénations d'immeubles à titre onéreux ou à titre gratuit. Les uns les annulent

Digitized by Google

sans distinction, par la raison que l'époux, comme tout successeur irrégulier, n'a qu'une propriété précaire et provisoire, tant que la pétition d'hérédité n'est pas prescrite. Ils s'appuient en outre sur une circulaire de l'Administration des domaines du 6 prairial an VI, et sur une instruction du Ministre des Finances du 13 avril 1832, qui tranchent la question en ce sens. — M. Demolombe propose une distinction entre les aliénations intervenues pendant les trois premières années, et celles arrivées après, pour annuler les premières, et valider les secondes. Les autres enfin, et nous nous rangeons à leur avis, qui, très favorable à l'époux, nous semble en même temps très rationnel, valident tous ses actes, sans distinguer entre eux, par la raison que le successeur irrégulier envoyé en possession doit être en tous points assimilé à l'héritier apparent.

L'époux a négligé d'accomplir certaines formalités de l'envoi en possession. Il n'est pas douteux alors, qu'il ne réponde du préjudice que sa négligence aura causé au successeur préférable. C'est ainsi que, s'il a négligé de faire apposer les scellés et de dresser un inventaire, le successeur préférable pourra, par tous les moyens, établir la consistance de la succession, et demander des dommages et intérêts pour les biens qui auront disparu de l'actif de la succession non établie. C'est ainsi encore qu'il pourra être tenu de dommages-intérêts, s'il n'a pas fait emploi du mobilier ou s'il a négligé de fournir la caution exigée.

Mais, si l'époux s'est mis de son autorité privée en possession de l'hérédité, sans avoir obtenu l'envoi en

Digitized by Google

possession, et sans avoir rempli les formalités de publicité indiquées par la loi, les conséquences de sa négligence seront beaucoup plus graves.

Relativement aux fruits, il faudra voir si son omission le constitue vraiment en état de mauvaise foi. Ce sera une question de fait à examiner. Ce peut être une simple négligence de sa part, mais ce peut être aussi un dol, s'il s'est mis en possession connaissant l'existence de successeurs préférables, et faisant en sorte d'éviter qu'ils soient prévenus de l'ouverture de la succession. C'est donc d'après l'examen des circonstances dans lesquelles il s'est mis en possession que l'on décidera si, conformément au droit commun, il doit garder les fruits, étant de bonne foi, ou les rendre, étant de mauvaise foi.

De même pour les détériorations des objets héréditaires, il faudra examiner en fait s'il était de bonne ou de mauvaise foi, pour lui demander ou non des dommages-intérêts.

Quant aux actes par lui passés avec les tiers, ils devront, à notre avis, être rescindés, car on ne peut nier que les tiers soient en faute d'avoir traité avec un successeur irrégulier qui n'avait pas obtenu l'envoi en possession. Il faudrait cependant, croyons-nous, excepter de cette rigueur les actes de pure administration.

Cette appréhension de fait ne fonde aucun droit au profit de l'époux. Elle n'empêche pas un successeur préférable, qui aurait précédemment renoncé, de revenir sur sa renonciation. Elle n'empêche pas non plus l'État, soit de se faire envoyer en possession dans les trente ans de l'ouverture de la succession, soit de la prendre,

Digitized by Google

après ce délai, comme bien vacant. Elle n'expose donc l'époux qu'à rendre les fruits perçus, à supporter des dommages-intérêts pour les détériorations survenues, et, peut-être même, à subir des poursuites de la part des créanciers héréditaires, qui pourraient à leur égard considérer son appréhension de fait comme une acceptation.

CHAPITRE III

GAINS CONVENTIONNELS DE SURVIE

Avant de passer à l'examen et à la critique du système du Code civil à l'égard des rapports successoraux entre époux, il nous reste à examiner si, à défaut de gains légaux de survie, le Code a au moins autorisé des gains conventionnels qui permettent aux époux de remédier par la convention aux rigueurs de la loi.

Nous le ferons brièvement parce que, ainsi que nous l'avons déjà maintes fois fait observer, cet examen ne rentre pas absolument dans le cadre de notre étude.

Nous allons donc successivement passer en revue les conventions matrimoniales, l'imputation de la dot des enfants sur la succession du prédécédé, les donations par contrat de mariage entre les futurs époux, celles faites pendant le mariage, et enfin les testaments. Nous examinerons enfin dans une dernière section la quotité dont les époux peuvent disposer pour s'avantager par ces différents moyens.

Digitized by Google

Section I. — Des conventions matrimoniales.

Les partisans du système de succession entre époux établi par le Code civil font remarquer, non sans raison, que le régime de communauté est fait pour remédier aux inconvénients de ce système, sur lesquels nous aurons à revenir, et, dont le principal, est la position précaire dans laquelle se trouve l'époux, qui était habitué à mener une vie heureuse grâce à la fortune de son conjoint, et qui se trouve, après la mort de ce dernier, privé le plus souvent de toute part à sa succession. Il est certain que si le régime de communauté était appliqué dans toute sa simplicité, le partage de la communauté après la mort de l'un des époux remédierait au vice de notre loi. Malheureusement il n'en est pas ainsi, et le correctif de notre législation est, dans la plupart des cas, impuissant à modifier la situation malheureuse du conjoint survivant. Mais ce n'est pas ici le lieu de le faire remarquer, et nous n'avons pour l'instant qu'à noter les avantages que le régime de communauté peut procurer aux époux.

C'est d'abord, dans le cas de communauté légale, qui est le régime de droit commun, le partage égal, au décès de l'un des époux, de la communauté entre le survivant et les héritiers du prédécédé.

Ce sont ensuite les conventions qui peuvent accompagner ce régime matrimonial, et pour lesquelles la loi a laissé la plus grande latitude, tout en en prévoyant et en en sanctionnant spécialement quatre, qui modifient

Digitized by Google

le partage égal par moitié, sous le nom de préciput conventionnel, d'assignation de parts inégales, de forfait de communauté, et d'attribution au survivant de tous les bénéfices de la communauté.

§ I. — *Préciput conventionnel.*

Le préciput, en matière de communauté, est le droit que l'un des époux a de prélever une partie des biens de la communauté, lors du partage qui en est à faire.

Nous ne trouvons pas comme dans l'ancien droit de préciput légal. — Le Code civil ne reconnaît que le préciput conventionnel.

Il peut avoir pour objet toute espèce de biens et être stipulé au profit de l'un quelconque des époux, avec ou sans condition de survie, en propriété ou en usufruit.

Il n'est prélevé que sur l'actif net à partager, et le droit de l'époux préciputaire n'est pas un droit de créance contre la communauté. L'époux préciputaire est simplement co-propriétaire des biens communs, avec un droit plus fort que celui de son conjoint lors du partage. Il en résulte que :

1° Le mari a toujours le droit, en qualité de chef de la communauté, d'aliéner les biens compris dans le préciput ;

2° Les créanciers de la communauté peuvent saisir les effets compris dans le préciput, et les faire vendre pour se payer sur le prix, sauf, en ce cas, le droit pour l'époux préciputaire d'en prélever la valeur sur la masse (art. 1519) ;

3° La femme, en cas d'insuffisance de l'actif net de la

Digitized by Google

communauté, ne peut, pour obtenir le complément de son préciput, s'attaquer aux biens personnels de son mari (art. 1515) ;

4° La femme renonçante perd son droit au préciput, (art. 1515 et 1592), à moins de stipulation contraire.

Le préciput n'a point le caractère d'une donation proprement dite entre époux, ni quant au fond, ni quant à la forme, d'où il suit que :

1° Il n'est pas réductible, en cas d'excès, au profit de tout héritier réservataire de l'autre époux sans distinction ; il serait seulement réductible au profit des enfants du premier lit de l'autre époux, s'il excédait la limite fixée par l'art. 1098 ;

2° Il n'est point soumis aux formalités des donations.

Il peut se faire que le préciput ne soit pas toujours exercé au moment du partage. C'est ce qui arrive, par exemple, en cas de séparation de corps ou de séparation judiciaire de biens, car dans ce cas il faut attendre que la mort de l'un ou de l'autre des époux ait fait accomplir ou défaillir la condition de survie.

La loi enlève à l'époux coupable des faits, qui ont entraîné contre lui la séparation de corps, le bénéfice du préciput. C'est ce qui résulte par argument *a contrario* de l'art. 1518, qui conserve le préciput à celui qui a obtenu la séparation de corps. C'est donc que la loi entend l'enlever à celui contre lequel la séparation a été prononcée.

§ II. — *De l'assignation de parts inégales.*

Les époux peuvent déroger au partage égal établi par

Digitized by Google

la loi, et convenir que le survivant aura une part supérieure à la moitié, tandis que les héritiers de l'autre prendront une part inférieure (art. 1520). Mais elle veut alors que la répartition du passif suive exactement celle de l'actif (art. 1521), sous peine de nullité de la convention.

En cas de séparation de corps ou de biens, il faut, comme précédemment, procéder provisoirement au partage égal de la communauté, sauf règlement ultérieur des droits des époux, si la condition de survie se réalise.

§ III. — *Du forfait de communauté.*

L'art. 1522 établit le forfait de communauté, par lequel on convient, que l'un des époux ou ses héritiers ne pourront réclamer qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, tandis que l'autre ou ses héritiers auront l'ensemble des biens communs.

Le forfait de communauté peut être stipulé sous telles conditions qu'il plait aux époux, mais il ne nous intéresse, que quand il est établi sous la condition de survie. C'est alors ordinairement le survivant qui aura toute la communauté, et les héritiers de l'autre le forfait.

Cette convention peut être avantageuse ou non au survivant des époux, selon l'état de la communauté.

Mais il est toujours loisible à la femme de renoncer à la communauté et de se soustraire ainsi à ses charges. La situation de la femme est donc meilleure, dans la clause du forfait de communauté, que celle du mari, puisqu'il lui est toujours possible de renoncer à la

Digitized by Google

communauté qui lui est attribuée, si celle-ci doit entraîner pour elle des charges trop lourdes. Observons que sa renonciation doit être indivisible, et qu'il ne lui serait pas permis de ne renonçer qu'à la clause de forfait, et de demander le partage égal.

§ IV. — *De l'attribution au survivant de tous les bénéfices de la communauté.*

Aux termes de l'art. 1525, al. 1 : « *Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur.* »

Ainsi donc les héritiers de l'époux prédécédé retirent de la communauté tous les biens qui y sont tombés du chef de leur auteur soit lors du mariage, soit pendant, et supportent les dettes correspondantes à ces biens ; tout le reste de la communauté, actif et passif, va à l'époux survivant.

Quelque considérable que puisse être l'avantage retiré par l'un des époux de la clause qui nous occupe, la loi n'y voit pas une donation, mais une simple convention de mariage ; et la réduction de l'avantage procuré à l'époux survivant ne pourrait être demandée que par les enfants d'un premier lit de l'époux prédécédé, et non par ses autres héritiers réservataires.

La femme survivante, appelée à recueillir la totalité de la communauté, n'en conserve pas moins le droit qui lui appartient en toute hypothèse de renoncer à la com-

Digitized by Google

munauté, droit qui peut lui être précieux dans le cas où le passif dépasserait l'actif.

Section II. — De l'imputation de la dot des enfants sur la succession du prédécédé.

L'art. 1545 en établissant que, « *si le survivant des père ou mère constitue une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prendra d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant* », consacre *une sorte* de gain de survie au profit de celui des époux qui survivra, puisque la dot se prendra d'abord sur les biens du prédécédé.

Ce gain de survie sera légal ou conventionnel.

Il sera légal dans le cas de l'art. 1545, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les époux se trouvent mariés sous le régime dotal.

Il sera légal aussi dans l'hypothèse où les époux sont mariés sous le régime de communauté, si l'on est d'avis que l'article 1545 placé dans le chapitre du *Régime dotal*, s'applique aussi au *Régime de communauté*.

Mais il sera conventionnel dans l'hypothèse où les père et mère, mariés sous le régime dotal ou de communauté, sont tous les deux vivants et constituent conjointement une dot à leur fille, chacun pour moitié, ou inégalement, en stipulant l'un de l'autre d'une part, et avec leurs fille et gendre d'autre part, que la dot sera imputée en entier par celle-ci sur la succession du prémourant.

Digitized by Google

Section III. — Des donations par contrat de mariage entre les futurs époux.

La faveur dont le législateur a toujours voulu entourer le mariage lui a fait admettre de nombreuses dérogations au droit commun, en ce qui concerne les donations qui leur sont faites, ou qu'ils se font par contrat de mariage.

En ce qui concerne spécialement les donations que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage, elles s'écartent à la fois des règles des donations ordinaires et de celles des donations qui peuvent leur être faites par contrat par leurs parents ou des étrangers.

Elles s'écartent des donations ordinaires en ce que :

1° Elles peuvent comprendre les *biens à venir*, soit seuls, soit cumulativement avec les biens présents. Mais tandis qu'entre futurs époux la donation entre-vifs de biens présents n'est point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est pas formellement exprimée, la donation de biens à venir est caduque, si le donateur survit au donataire ;

2° Elles peuvent être faites sous condition potestative de la part du donateur ;

3° Elles sont dispensées d'acceptation expresse ;

4° Elles sont subordonnées à la condition tacite de la célébration du mariage.

Elles sont, au contraire, comme les donations ordinaires, soumises :

1° A la révocabilité pour ingratitude, car l'article 959

Digitized by Google

ne concerne que les donations faites aux époux par des tiers, (Cass., 26 fév. et 10 mars 1856) ;

2° A l'impossibilité de s'étendre aux enfants à naître quand elles ont pour objets des biens à venir.

Elles sont soumises à des règles spéciales :

1° Par la possibilité d'être faites par un mineur dûment assisté ;

2° Par la révocation de plein droit par l'effet de la séparation de corps, (arg. de l'art. 299) (1) ;

3° Par la non-révocation pour survenance d'enfants communs ;

4° Par une quotité disponible spéciale et fixée par les articles 1094 et 1098.

Section IV. — Des donations entre époux pendant le mariage.

Le législateur n'avait pas à entourer les donations entre époux pendant le mariage des mêmes faveurs que celles qu'il a édictées pour les donations par contrat de mariage, destinées à encourager les citoyens au mariage.

Aussi, si ces donations conservent quelques privilèges comme celui de pouvoir consister en biens à venir et de pouvoir s'élever à une quotité supérieure au disponible ordinaire (art. 1094), elles sont soumises à des rigueurs spéciales, en ce sens qu'elles sont toujours révocables.

(1) Cass , Ch. réunies, 23 mai 1845. — Cass., 17 juin 1845 ; 28 avril 1846 ; 25 avril 1849 ; 19 juin 1849.

Digitized by Google

Section V. — Du testament entre époux.

Nous ne trouvons rien de spécial aux époux dans la faculté de s'avantager par testament. Il n'y a pour eux ni faveurs ni rigueurs, et ils sont entièrement sur ce point soumis au droit commun.

Quant à la quotité dont ils peuvent disposer par testament, elle est la même que celle dont ils peuvent disposés par donation, et c'est précisément cette quotité qu'il nous reste à examiner dans la section suivante.

Section VI. — De la quotité disponible entre époux.

Le chiffre de la quotité disponible entre époux, de même que le *quantum* de la quotité disponible ordinaire, ne peut être connu et déterminé qu'au décès du donateur. Cette quotité est indépendante de la nature des libéralités et de l'époque où elles ont été faites, et il n'y a pas à distinguer si elles ont été faites par contrat de mariage ou pendant le mariage, par acte entre-vifs ou par testament.

Cette quotité varie suivant la qualité des héritiers que laisse le conjoint. Nous allons examiner successivement les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

§ I. — *Le disposant ne laisse ni ascendants, ni descendants.*

Comme dans ce cas il pouvait donner tous ses biens

Digitized by Google

à des étrangers, il peut pareillement disposer de la totalité en faveur de son époux.

§ II. — *L'époux disposant meurt sans enfants, laissant un ou plusieurs ascendants.*

Il peut encore dans ce cas donner à son conjoint tout ce dont il aurait pu disposer en faveur d'étrangers, c'est-à-dire la moitié ou les trois quarts de son patrimoine, suivant qu'il laisse des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule. Mais, en outre, il peut dans ce cas donner à son époux l'usufruit de la réserve des ascendants. Nous n'avons pas à nous étendre sur les critiques qu'on n'a cessé d'adresser à notre Code à ce sujet. Il est certain que la réserve des ascendants, presque toujours plus âgés que leur bru ou leur gendre, consistant dans nue-propriété, est bien précaire. Mais on peut faire observer que la réserve dont il s'agit a été établie bien plutôt dans l'intérêt de la famille du disposant que dans celui des ascendants eux-mêmes, et dans tous les cas ce n'est pas à nous, qui trouvons que la loi traite sévèrement le conjoint survivant au point de vue de ses droits successoraux, à blâmer le Code, lorsqu'il lui reconnaît un avantage.

§ III. — *Le disposant laisse un ou plusieurs descendants issus de son mariage avec la personne à laquelle il a fait des libéralités.*

Il pourrait donner à des étrangers la moitié de ses biens, s'il ne laisse qu'un enfant légitime, le tiers s'il en

Digitized by Google

laisse deux et le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ; mais à son époux, l'art. 1094, 2e al., lui permet de donner « *un quart en propriété et un* « *autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens* « *en usufruit seulement.* »

C'est encore une question fort discutée, mais sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre que celle de savoir comment il faut entendre la disposition de ce deuxième alinéa de l'art. 1094. Si on le prend en effet à la lettre, la quotité ne varie point avec le nombre des enfants, et elle sera par conséquent — *plus étendue* que la quotité disponible ordinaire, lorsque le défunt aura laissé trois enfants ou plus, car il ne peut alors donner dans ce cas à un étranger qu'un quart en propriété, — *moins étendue* lorsqu'il ne laissera qu'un enfant, car il pourrait alors donner à un étranger la moitié de tous ses biens en propriété. Il est certain que ce système conduit à des résultats assez étranges, mais il se justifie cependant par les considérations suivantes. Lorsque l'époux veut assurer à son conjoint le moyen de vivre honorablement après sa mort, la loi a dû mesurer sur les besoins de l'époux survivant la quotité de biens que son conjoint pourrait lui laisser. Or, les besoins de l'époux seront les mêmes, quel que soit le nombre des enfants en présence desquels il se trouvera. Donc la portion de biens qu'il pourra recevoir devra être la même, soit que le défunt ait trois enfants, soit qu'il n'en ait qu'un seul, et peu importe que cette quotité soit supérieure ou inférieure à celle de l'étranger puisqu'elle est suffisante. Le second système, qui est plus favorable

Digitized by Google

à l'époux survivant, nous paraît devoir être adopté, en raison des considérations qui suivent. L'art. 1094 serait, à notre avis, *purement extensif* de la quotité disponible ordinaire. On pourrait toujours donner à son conjoint *autant* qu'à un étranger et parfois *quelque chose de plus.* L'art. 1094 en effet n'a pas entendu priver les conjoints du bénéfice du droit commun, quand la quotité que le droit commun détermine est plus considérable que la quotité qu'elle a exceptionnellement établie en leur faveur. L'art. 1094, où cette quotité est réglée, s'explique par la faveur qui s'attache aux rapports que le mariage établit entre les époux. C'est par conséquent *pour* et non *contre eux* qu'il a été fait. Dès lors, qu'en conclure, si ce n'est qu'ils peuvent le laisser là, quand l'art. 913 leur convient mieux? L'art. 1094 est purement facultatif; cela résulte de ses termes et de son esprit.

La quotité disponible de l'art. 1094 semble renfermer une alternative ridicule, en ce sens que la loi, après avoir permis de donner deux quarts, l'un en pleine propriété, l'autre en usufruit, prend soin de nous dire qu'un conjoint peut, s'il le préfère, donner à son conjoint *deux quarts en usufruit seulement.* Or n'est-il pas évident, d'après la maxime *qui peut le plus peut le moins*, que celui qui a le droit de donner une moitié en usufruit plus un quart en nue-propriété, peut à plus forte raison donner une moitié en usufruit seulement? Mais cette naïveté s'explique historiquement. La règle posée par l'art. 1094 est l'application d'une règle qui dans le projet du Code était générale, à savoir que le chiffre du disponible en usufruit était le même que le chiffre du

Digitized by Google

disponible en pleine propriété. Ce système fut plus tard abandonné et l'art. 917 permit de donner telle portion d'usufruit qu'on jugerait à propos, sauf, pour les héritiers réservataires, qui craindraient la trop longue durée de l'usufruit, la faculté d'abandonner au donataire tout le disponible en pleine propriété. L'art. 1094 fut rédigé conformément au projet abandonné et ne fut pas mis en rapport avec la nouvelle théorie de l'art. 917. S'ensuit-il qu'on doive l'appliquer à la lettre? Nous ne le croyons pas, et nous estimons qu'il faut appliquer la théorie de l'art. 917 et décider que, si un étranger peut, aux termes de l'art. 917, recevoir en usufruit une fraction plus forte que la fraction disponible en propriété, la même faveur doit appartenir au conjoint.

Si le donateur avait donné tout le disponible ou tout ce que la loi lui permet de donner, nous pensons qu'il serait considéré comme ayant voulu donner la plus forte quotité, et, qu'au cas de trois enfants communs, l'époux donataire prendrait un quart en pleine propriété et un quart en usufruit.

§ IV. — *De la quotité disponible entre époux lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage.*

Nous avons vu de quelles peines avaient été entourés les seconds mariages, tant en droit romain, que dans notre ancien droit.

L'art. 176 du projet de Code civil reproduisait sauf quelques modifications les deux chefs de l'Édit de 1560, inspiré, on le sait, par le chancelier de l'Hôpital, à l'occa-

Digitized by Google

sion du mariage d'une dame Ane d'Alègre, veuve et mère de huit enfants, avec un sieur Georges de Clermont beaucoup plus jeune qu'elle, qui ne consentit à cette union désassortie que devant une donation considérable. Mais dans la rédaction définitive du Code civil, le premier chef seul de l'édit fut conservé. Le deuxième, qui obligeait l'époux remarié à conserver à ses enfants du premier lit les biens provenant de la libéralité de son conjoint, parut sans doute en opposition, d'une part, avec le principe de l'art. 732, qui dispose que la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession, et d'autre part avec le principe de l'art. 745, qui appelle tous les enfants à succéder également à leur auteur encore qu'ils soient issus de différents mariages.

L'art. 1098 qui remplaça l'art. 176 du projet est ainsi conçu : « L'*homme* ou la *femme* qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'*une part d'enfant légitime le moins prenant* et sans que, dans *aucun cas*, ces donations puissent *excéder le quart des biens.* »

La loi part donc de ce principe que le nouveau conjoint doit-être assimilé à un enfant et qu'il peut recevoir par conséquent autant qu'un enfant, mais ce principe souffre deux restrictions : la première consiste en ce que, si un ou plusieurs enfants ont été avantagés, la part du nouvel époux ne pourra pas être supérieure à celle de l'enfant qui prend le moins ; d'après le deuxième, la part du nouveau conjoint ne pourra jamais dépasser le quart des biens.

Digitized by Google

La part d'enfant ne peut-être exactement connue qu'au décès de l'époux remarié, et pour la fixer c'est à cette époque qu'il faudra considérer le nombre d'enfants légitimes laissés par le disposant, en y comprenant même ceux issus du nouveau mariage, mais sans y faire figurer les renonçants et les indignes. Le nouvel époux sera considéré comme un enfant de plus et sa part sera calculée sur cette base.

On se demande si le veuf ou la veuve, qui, ayant des enfants de sa première union, se remarie plusieurs fois successivement, peut valablement donner à chacun de ses nouveaux conjoints la quotité disponible fixée par l'art. 1098, (à la condition bien entendu que l'ensemble des libéralités n'excède pas la limite fixée par l'art. 1094), ou si tous les nouveaux conjoints successifs ne peuvent recevoir à eux tous que cette quotité ? On admet généralement dans le silence de la loi cette dernière solution qui est conforme aux anciens principes de l'Édit, à l'esprit de notre législation, qui renchérit sur les sévérités de l'Édit et aux travaux préparatoires du Code.

Cette action en réduction ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit, mais ils n'en auront pas toujours le profit exclusif, en ce sens qu'ils seront tenus de la partager avec les enfants auxquels le nouveau mariage aurait donné naissance, avec leurs frères utérins ou consanguins.

Les enfants du premier lit ne peuvent du vivant de leur auteur renoncer au droit d'exercer l'action en réduction, car cette renonciation constituerait un pacte sur succession future, et, du vivant de leur auteur, ils n'ont

Digitized by Google

aucune action pour faire réduire les libéralités excessives faites par lui à son nouveau conjoint. Après son décès, ils ne peuvent se prévaloir de l'article 1098 qu'autant qu'ils se portent héritiers du disposant.

§ V. — *Sanction des dispositions qui précèdent.*

La sanction des dispositions qui précèdent se trouve dans l'article 1099, ainsi conçu : « *Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.* »

Le législateur avait à redouter, en effet, que l'époux qui convole en secondes noces ne cherche à éluder les prohibitions qu'il venait d'édicter.

Mais quelle est l'étendue de la sanction qu'il a voulu édicter ? Sur ce point encore, les commentateurs sont loin d'être d'accord.

Les uns raisonnent ainsi : l'article 1099 contient deux alinéas distincts, indépendants l'un de l'autre, et établissant des règles différentes selon les hypothèses qu'ils prévoient.

Le premier alinéa a trait aux donations *indirectes*. Il les déclare *valables*, mais *réductibles*, lorsqu'elles excèdent le disponible.

Le second vise les donations *déguisées* ou *faites à des personnes interposées*, et les déclare *nulles* pour le tout, qu'elles dépassent ou non la quotité disponible.

Cette distinction est rationnelle, car la donation indi-

Digitized by Google

recte ne se cache pas, on la découvre facilement, et on peut par conséquent l'empêcher sans recourir à des moyens radicaux. Les autres, au contraire, ne se font pas au grand jour ; elles deviennent suspectes au législateur qui y voit presque toujours le résultat de la captation ou de la suggestion, et qui cherche par conséquent à les prévenir par une pénalité plus sévère que celle qui atteint les donations indirectes.

D'autres commentateurs raisonnent de la façon suivante. Ils reconnaissent bien que l'article 1099 contient deux alinéas, mais ils ne voient dans l'un que le développement de l'autre. Le principe, disent-ils, est qu'il n'est pas permis de faire *indirectement* des libéralités qui excèdent la quotité disponible. Les donations *déguisées* et les donations *faites à des personnes interposées* sont des donations *indirectes*. Or les donations *indirectes* qui dépassent la quotité disponible sont *nulles* en tant qu'*excessives* et par conséquent *réductibles*. La loi a voulu protéger la réserve, ajoutent-ils ; or la *réduction* suffit à cet effet sans qu'il soit utile de recourir à une *nullité* qui serait excessive.

Quoi qu'il en soit, les héritiers réservataires seront admis à faire la preuve de ces donations indirectes, déguisées ou faites à des personnes interposées, par tous les moyens possibles. La loi établit même à leur profit une présomption qui les dispense de toute autre preuve, et contre laquelle nulle preuve contraire n'est admise, car l'article 1100 dit à ce sujet : « *Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de*

Digitized by Google

l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.»

Digitized by Google

TITRE III

EXAMEN ET CRITIQUE DU SYSTÈME DU CODE CIVIL.

Tel est le système du Code civil quant au règlement des droits successoraux entre époux.

Pour la veuve les modiques avantages que nous avons énumérés sous les dénominations de reprise des linges et hardes, deuil, nourriture et habitation,

Pour l'un quelconque des époux, ce droit illusoire de succession après tous les parents au degré successible, les enfants naturels, les père et mère naturels, les frères et sœurs naturels, en un mot après tous les successeurs possibles, sauf l'État.

« La conséquence de ces dispositions est dans certains cas profondément regrettable, écrit M. Delsol dans la proposition de loi qu'il présenta à l'Assemblée nationale le 21 mai 1872. Ainsi, supposez que l'époux prédécédé ait seul de la fortune, et que, surpris par la mort, il n'ait pas eu le temps d'assurer par acte entre-vifs ou testamentaire le sort de son conjoint survivant, celui-ci n'aura rien à prétendre sur les biens du défunt, si considérables qu'ils puissent être, et si grand que soit leur propre dénûment.

Digitized by Google

« Après avoir vécu dans le bien être, quelquefois dans l'opulence, l'époux survivant verra toute la fortune de son conjoint s'en aller aux mains de ses héritiers naturels, et il sera réduit à passer le reste de sa vie dans la gêne et dans la pauvreté. »

Mais, dira-t-on, s'il y a des enfants de ce mariage, l'époux survivant trouvera dans son usufruit légal d'abord, et plus tard dans le devoir et dans l'affection de ses enfants, une grande partie des avantages que la loi n'a pas su lui reconnaître.

Soit, mais ne voyez-vous pas tout ce qu'il y a d'humiliant dans la situation de ce père ou de cette mère venant quémander de ses enfants des secours pour son existence ! Que faites-vous de cette autorité dont vous voulez que le chef de famille soit entouré ! Combien n'abaissez-vous pas la dignité de celui qui doit s'éteindre entouré du respect et de la vénération de tous ceux qui lui doivent le jour !

Et si, l'union a été stérile ? L'époux survivant va se voir éconduit, chassé de la maison où demeurent tous ses souvenirs des heureux jours passés, réduit à une position précaire, que son âge, que la maladie ne lui permettront pas le plus souvent d'améliorer.

Et au profit de qui, je vous le demande ? Pour des collatéraux que le défunt n'aura peut-être jamais connus, pour des héritiers avides, sans scrupules et sans déférences, d'autant plus âpres à se partager les dépouilles du défunt, qu'ils auront moins compté sur une hérédité qu'un testament, qu'une donation pouvait leur enlever. Ne demandez ni larmes ni regrets pour

Digitized by Google

le défunt, à ces cousins jusqu'au douzième degré qui envahissent le toit conjugal ! Ils ne prendront même pas le soin le plus souvent de dissimuler à l'époux survivant que son règne est fini et que le leur commence.

Presque tous les commentateurs du Code s'accordent à blâmer cette disposition de notre droit, et les critiques que nous allons faire du système du Code civil sont celles de la très grande majorité de ceux qui se sont occupés de cette partie de notre législation.

Mais où trouver un langage plus élevé que celui de M. Bourbeau, dans le discours dont nous avons déjà parlé, et montrant mieux combien nos législateurs ont manqué à l'équité naturelle en n'accordant pas de droits successoraux plus élevés au conjoint survivant.

« Voyez, s'écrie M. Bourbeau (1), cet époux, cette épouse. Leur existence a été modeste ; ils ont vécu ensemble dans une union heureuse et obscure. L'un décède, et dans cette existence à deux, modeste et non tourmentée, les regrets de la perte sont peut-être plus vifs que dans des situations plus élevées.

« La mort a brisé le lien et imposé la séparation, mais quoi ! Est-ce qu'il n'est rien resté des obligations antérieures ?

« Que signifie donc cette expression légale qui a été transmise du droit romain dans notre droit coutumier, « veuf, veuve ? » La maison est vide et le cœur n'est plein que de souvenirs ! N'est-ce pas une qualité légale que celle de veuve ? qu'en faites-vous, que devient-elle !

« Quel est ce conjoint que vous appelez la veuve et qui

(1) *Journal officiel* du 7 mars 1877, — p. 1745, col. 1 et 2.

Digitized by Google

pleure, si elle n'est pas encore la personnification de cette union brisée, s'il ne reste rien du mariage, si tout a disparu en même temps que celui qu'elle aimait? Ce n'est pas là seulement une question de succession, une question d'hérédité; mais c'est la famille qu'il faut honorer dans son principe. C'est le mariage qu'il faut élever bien haut; il faut que tous, — et ceux-là surtout qui sont spiritualistes, — sachent et comprennent que la mort ne fait pas tout disparaître; il faut que les enfants, dont le père est mort, voient dans leur mère le représentant isolé de cette famille dans laquelle ils ont vécu, qui leur a donné l'existence, l'entretien, l'éducation. Il faut qu'ils la respectent non-seulement comme mère, mais comme veuve, parce qu'elle est bien la personnification de cette union sainte qui doit être glorifiée par la loi, qui doit avoir un symbole, et qui se manifeste par un droit que la loi saura créer! »

A côté de ce point de vue élevé qui, à lui seul, devrait suffire pour faire reconnaître au conjoint survivant des droits successoraux plus étendus, il est d'autres considérations qui ont aussi leur valeur.

Est-il équitable au moment où la mort vient rompre la chaîne de ces deux existences, qui s'étaient unies, selon l'expression de Portalis, « pour perpétuer leur espèce, et pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée », que la loi ne vienne pas procurer au survivant, alors que son cœur est encore brisé par la douleur la plus respectable, les ressources nécessaires pour échapper aux difficultés de la vie matérielle? Et remar-

Digitized by Google

quez que, selon l'ordre naturel des choses, cette sépation vient se produire alors que l'âge avancé du survivant ne lui permet plus d'espérer se créer par le travail de nouvelles ressources.

N'y a-t-il pas quelque chose de profondément blessant pour le cœur humain à voir les législateurs méconnaître les liens d'affection qui doivent unir les époux et priver d'une légitime et suprême sanction les devoirs réciproques qui naissent d'une existence commune et indivisible !

Eh quoi ! lorsque les fiancés se présentent devant l'officier de l'état civil pour qu'il légalise l'amour qui est né dans leurs cœurs, celui-ci leur rappelle les devoirs de l'union qu'ils vont contracter, afin de bien graver dans leur mémoire les principes qui doivent être désormais la règle de toute leur vie. Il leur apprend, s'ils ne le savent déjà, que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. Et c'est précisément au moment où l'application de ces principes serait la plus nécessaire, que la loi, oublieuse des devoirs qu'elle a enseignés, ne fait rien pour venir en aide à une situation d'autant plus pénible que le plus souvent elle n'aura pas été prévue !

Ne paralyse-t-elle pas ainsi dans leurs effets salutaires les engagements moraux qui pour les époux découlaient du mariage ? Ne rend-elle pas vaine cette solidarité d'existence qui unissait les époux pendant leur vie ?

« Dira-t-on, écrit M. Boissonnade (1), que la loi a assez fait pour les époux, en levant les anciennes prohibitions

(1) *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 532.

Digitized by Google

de se donner entre-vifs que nous avons rencontrées dans l'ancien droit, et en maintenant pour eux la faculté de tester l'un en faveur de l'autre?

« Mais la loi, aussi, a permis aux parents de donner à leurs enfants, soit entre-vifs, soit par testament, et cependant elle a pourvu au cas où ils ne l'auraient pas fait : elle a fait un testament pour les parents que la mort peut surprendre.

« Disons mieux, elle a reconnu aux enfants un droit qu'ils tiennent de la nature, plus encore que de la volonté de leurs parents, et c'est parce que ce droit ne peut leur être arbitrairement enlevé, c'est parce qu'il leur est réservé, que nous ne considérons pas l'affection présumée du défunt comme une explication suffisante du droit héréditaire.

« Mais pour ne parler que des héritiers auxquels une réserve n'est pas assurée, des héritiers que le testateur peut, à son gré, instituer ou déshériter, la loi attend-elle, pour les investir des biens du défunt, que celui-ci ait manifesté ses intentions généreuses en leur faveur par un legs ou par une donation?

« Pour ceux-là, assurément, la vocation héréditaire s'explique suffisamment par l'affection présumée.

« Mais alors ne fallait-il pas, à bien plus forte raison, présumer l'affection chez ceux qui se sont choisis pour vivre indissolublement de la même vie, et qui ont appelé sur leur union la consécration de la loi, la protection de la société et la bénédiction du ciel ?

« Le lien qui les unit n'est-il pas aussi étroit, aussi légal et aussi naturel que le lien du sang ?

Digitized by Google

« N'est-il pas lui-même un autre lien du sang, le premier lien naturel, le lien type de la famille, celui dont les autres ne sont que la dérivation?

« Le mariage étant la source de toute parenté et de toute consanguinité, comment ne serait-il pas lui-même la première parenté, la première consanguinité?

« La souche peut-elle avoir une autre nature que la branche, le rameau et le fruit?

« Quand Dieu a créé la femme, il l'a tirée du premier homme, et il a voulu qu'elle fût « les os de ses os et la chair de sa chair »; aussi ne devons-nous pas voir une simple figure de pensée ou de langage dans cette touchante parole du Christ condamnant le divorce: « *Homo adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una.* »

« S'il est vrai que la moralité d'un peuple se mesure au degré de respect qu'il professe pour la femme, on peut dire que la sagesse d'une législation se mesure au degré de protection qu'elle accorde au mariage.

« La nôtre, heureusement, a protégé le mariage à d'autres égards, notamment dans sa liberté, dans sa dignité et dans sa stabilité; mais il lui faut réparer, au plus tôt, quant au droit héréditaire, une erreur qui jette de l'ombre sur toute son œuvre.

« Il ne faut plus qu'on ait le triste spectacle d'une malheureuse veuve ou d'un mari accablé par la douleur, obligés de quitter une maison où la mort avait déjà fait le vide, mais où tout leur rappelait de fidèles et religieux souvenirs d'un bonheur évanoui.

« Il ne faut plus que d'avides collatéraux, que des

Digitized by Google

enfants même, trop souvent égoïstes et ingrats, puissent leur ravir les débris d'un patrimoine qu'ils s'étaient mutuellement autorisés à considérer comme appartenant à l'un autant qu'à l'autre.

« Il ne faut pas qu'ils se voient disputer jusqu'à ces modestes objets de travail ou d'agrément auxquels un usage journalier donne une touchante valeur d'affection, comme si quelque chose de la personnalité de l'être regretté s'y était mystérieusement incorporé.

« Il ne faut plus enfin qu'un nouveau satyrique puisse dire de nous, et avec plus de raison qu'autrefois, ce que déjà Labruyère disait pour son temps : « Géronte meurt de caducité et sans avoir fait ce testament qu'il projetait depuis longtemps. Dix têtes viennent *ab intestat* partager sa succession. Il ne vivait que par les soins d'Astérie sa femme, jeune encore. Il ne lui laisse pas assez de biens pour pouvoir se passer, pour vivre, d'un autre vieillard. »

Avant d'examiner les objections que l'on oppose au desideratum que nous venons d'indiquer, observons la défaveur avec laquelle l'époux survivant est traité par les lois spéciales relatives à l'enregistrement. Il est considéré, lorsqu'il vient *ab intestat* à la succession de son conjoint, comme une personne non parente, (L. 28 avril 1816, art. 53), et doit par conséquent payer un droit de mutation de 9 fr. pour 100 fr., (L. 21 avril 1832, art. 33 ; 18 mai 1850, art. 10). Il ne paie au contraire que 3 fr. pour 100 fr., lorsqu'il vient en vertu d'un testament.

Ces objections sont les suivantes :

Digitized by Google

Et d'abord, dit-on, le régime matrimonial que la loi favorise, le régime de communauté, est un correctif suffisant des rigueurs de l'article 767.

Il est certain que la communauté pourra remédier dans bien des cas aux inconvénients que nous avons indiqués. Mais est-il besoin de faire remarquer que dans bien d'autres elle ne saurait préserver l'époux survivant des hasards de la fortune. Supposez en effet que le prédécédé ait une fortune immobilière considérable. Elle lui est restée propre, et si des accidents, commerciaux ou autres, sont survenus et ont englouti les revenus de la communauté, le survivant va se trouver dénué de toutes ressources.

Et puis quelles que soient les faveurs dont la loi entoure la communauté légale, ne sait-on pas que ce régime est en réalité fort peu appliqué ? Dans tous les pays où il est adopté, on le modifie par des clauses nombreuses, on le limite aux acquêts, par exemple, c'est-à-dire aux économies faites pendant le mariage, et cette communauté qui ne comprend ni les dots constituées aux époux, ni les capitaux mobiliers qui pourraient leur advenir ultérieurement est la plupart du temps insignifiante, absorbée qu'elle est par les charges du ménage.

Et dans tout le Midi de la France, dans la Normandie, où l'on ne se marie pas sous le régime de communauté, où est le correctif que vous trouviez dans le régime matrimonial ?

Me direz-vous que les stipulations de survie sont envisagées par la loi d'un œil favorable, qu'elle les

Digitized by Google

permet par contrat de mariage ou pendant le mariage ?

Mais nous avons vu les restrictions nombreuses dont le législateur les a entourées. Et puis que de contrats de mariage se font sans stipulations de ce genre ! N'y a-t-il pas dans le cœur de ces deux êtres qui vont s'unir une répugnance profonde à prévoir, en quelque sorte d'avance, leurs successions respectives ! Et n'est-il pas plus convenable que la loi elle-même assure le sort de celui qui survivra, au lieu d'obliger les époux à prévoir leur décès dans le contrat même qui préside à l'union sur laquelle se fonde une famille nouvelle ?

Mais, nous objectera-t-on encore, les donations pendant le mariage, et surtout les testaments, sont au moins un remède aux lacunes qui se trouvent dans la loi ?

Si ces actes étaient d'un usage constant, nous conviendrions volontiers de leur efficacité. Mais il n'est pas besoin d'avoir de la vie une longue pratique pour savoir qu'ils ne sont pas dans nos mœurs. « Et sans parler des testaments perdus, des donations et des testaments annulés, peut-on se dissimuler que le plus souvent les époux, même liés par la plus étroite et la plus profonde affection, n'ont ni le soin ni le courage de prendre en temps utile leurs dispositions ? Comment un époux délicat osera-t-il éveiller la pensée de la mort dans l'esprit de son conjoint et lui demander une libéralité pour le jour de la séparation ? Et si l'un des époux manque de délicatesse, si sa convoitise surmonte tous les scrupules, il sera donc seul à obtenir des libéralités, tandis que son conjoint ne recevra rien en échange ? Ensuite, est-il bon que la pensée des époux

Digitized by Google

soit constamment assiégée par des préoccupations d'avenir, et n'est-il pas préférable que la paix morale des familles trouve dans la loi sa source et sa sécurité ? N'est-ce pas le meilleur moyen de protéger la délicatesse et de faire taire la cupidité (1) ? »

Il est encore une autre considération que l'on fait valoir contre la modification que nous voudrions voir introduire dans nos Codes. Si vous établissez, nous dit-on, un avantage légal au profit de l'époux survivant, il vous faudra mettre dans la main du prédécédé une faculté d'exhérédation, dans le cas où il ne voudra pas voir, pour des raisons quelconques, son conjoint profiter des avantages que la loi aura créés à son profit. Cette exhérédation, en révélant peut-être des douleurs et des griefs longtemps cachés, deviendra un sujet de scandales et de troubles pour les familles.

Nous répondrons qu'il est aussi des cas où cette exhérédation n'aura rien de blessant pour l'époux survivant. Par exemple, lorsqu'il aura une fortune suffisante, et que les dispositions du prédécédé auront eu pour but de soulager une famille dans le besoin. Nous répondrons encore que, si l'époux a eu des torts graves envers son conjoint, rien ne sera plus juste qu'une exhérédation. Notre code a bien établi, en même temps qu'une réserve pour les enfants, le droit pour le père de les exhéréder partiellement, lorsqu'il veut les punir de torts graves à son égard. Ne pouvez-vous concevoir de même, à côté d'un avantage légal pour l'époux survivant, le

(1) Rapport fait au Sénat par M. Delsol, le 20 février 1877.

Digitized by Google

droit pour le prédécédé de lui enlever cet avantage, s'il a de justes raisons pour le faire ?

Dira-t-on encore que cet avantage légal serait de nature à séduire la cupidité de gens peu scrupuleux qui ne craindraient pas de rechercher dans le mariage la perspective d'une succession à un conjoint plus âgé ? Il faudrait être bien léger ou bien fou, en vérité, pour compter sur un avantage qu'un mot pourrait vous ravir, et craindre bien peu pour l'obtenir d'enchaîner pendant de longues années son existence à celle d'un conjoint auquel aucun lien d'affection ne vous rattacherait !

On taxe aussi la perspective d'un avantage légal pour l'époux survivant d'injustice criante, en ce sens que si elle donne un usufruit à l'époux pauvre, en présence des parents riches de son conjoint prédécédé, elle donne aussi cet usufruit à l'époux riche, en présence de parents pauvres. Observons tout d'abord que l'époux survivant a presque toujours contribué, soit par son travail, soit tout au moins par son économie, à conserver et même à augmenter la fortune du prédécédé. Et puis l'époux survivant fût-il très riche et les parents du précédent très pauvres, trouverions-nous cette injustice qu'on se plaît à signaler ? Si ce sont des enfants, ils retrouveront, dans la succession de celui de leur auteur qui vivra le plus longtemps, les biens que celui-ci aura recueillis dans la succession du prédécédé. Si ce sont des collatéraux, ont-ils jamais dû compter sur une succession qui, selon l'ordre naturel des choses, devait appartenir aux enfants à naître du mariage ?

On invoque encore les complications qui résulteraient

Digitized by Google

du règlement de ce nouveau droit de succession. Mais ne faut-il pas toujours, même en l'absence de tout avantage légal, régler la situation des époux, au décès de l'un d'eux, selon ses conventions matrimoniales, et y aura-t-il vraiment des difficultés beaucoup plus grandes à régler un droit légal au lieu des droits établis par les conventions matrimoniales ? Nous ne le croyons pas, et cela serait-il vrai que nous n'hésiterions cependant pas à adopter un système qui assurerait à l'époux survivant une situation décente dans le monde après le décès de son conjoint.

Telles sont les objections les plus graves que l'on fait au système que nous voudrions voir adopter. Nous croyons y avoir suffisamment répondu, et montré qu'elles n'étaient pas de nature à nous faire abandonner une thèse que nous croyons juste et équitable. Il en est d'autres que l'on a formulé sur la nature du droit à accorder au conjoint survivant, sur sa quotité, sur son caractère, etc... Nous les examinerons à leur tour dans notre livre III, quand nous indiquerons quelle devrait être, selon nous, la législation à adopter.

Avant d'en arriver là, il nous reste à montrer combien les lois spéciales qui ont suivi la promulgation du Code civil se sont écartées de la règle générale posée dans l'art. 767, et à constater le contraste frappant qu'offrent avec la nôtre sur ce point les législations étrangères.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE II

LOIS POSTÉRIEURES, AU CODE ET LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

TITRE PREMIER

LOIS POSTÉRIEURES AU CODE

Il semble, qu'il y ait, dans l'esprit des législateurs qui ont établi des dispositions nouvelles depuis la promulgation du Code civil, comme une sorte d'obsession, à édicter partout où l'occasion s'en présente, un droit analogue à celui qui existait autrefois.

Dans toutes les lois spéciales que nous allons examiner nous allons trouver la trace de cette dérogation aux principes de l'article 767.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DES VEUVES SUR LES MAJORATS

Deux ans à peine après la promulgation du Code civil, paraissait un décret sur les majorats. On sait que

Digitized by Google

Napoléon Ier, en rétablissant les titres héréditaires, établit en même temps l'usage des majorats destinés à former la dotation de ces titres. C'étaient des substitutions perpétuelles d'une nature particulière, qui permettaient aux biens dont elles se composaient de suivre le titre de noblesse dont ils étaient la dotation. Ces biens étaient, comme et avec le titre de noblesse, transmissibles de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture. Les majorats étaient de deux sortes : 1° les *majorats de propre mouvement*, créés par le chef de l'État avec des biens faisant partie du domaine extraordinaire ; 2° les *majorats sur demande*, fondés par les particuliers sur des biens à eux appartenant, avec l'autorisation de l'Empereur.

Les articles 48 et 49 du décret du 1er mars 1808, consacraient « *le droit pour la veuve, s'il en existait une au moment de la mort du titulaire d'un majorat, à une pension viagère prélevée sur les revenus du majorat.* »

La quotité de cette sorte de douaire variait suivant que le titulaire laissait ou non des enfants mâles. S'il mourait sans postérité masculine, la pension de la veuve était de la moitié des revenus du majorat. Elle était du tiers seulement si le *de cujus* laissait un titulaire au majorat. Mais elle n'était due à la veuve que si ces revenus personnels n'égalaient pas ce tiers ou cette moitié, et ce n'est qu'au cas où ils étaient inférieurs, qu'ils étaient complétés jusqu'à concurrence de ce tiers ou de ce quart par les revenus du majorat.

La veuve perdait son droit à la pension, si elle se remariait sans l'autorisation de l'Empereur, ou si elle

Digitized by Google

divorçait. Mais le décret se taisait sur le cas de séparation de corps, et devant son silence, nous croyons que la séparation de corps, même prononcée contre elle, ne faisait pas perdre son droit à la veuve.

Un décret du 4 mai 1809 régla l'année suivante la façon de liquider la pension de la veuve.

Plus tard, un décret du 24 août 1812 vint régler le droit des veuves sur les *majorats de propre mouvement*, lorsqu'ils faisaient retour à la couronne. L'article 1er de ce décret décida, que désormais aucune pension ne pourrait être dans ce cas accordée à la veuve qu'à titre exceptionnel et par un décret spécial.

Dans aucun cas, cette pension ne pouvait dépasser 200.000 francs ; elle ne pouvait être supérieure au tiers de l'ancien revenu, si la veuve restait avec une ou plusieurs filles ou avec des descendants de filles issues de son mariage avec le titulaire, au quart, dans l'hypothèse contraire.

Il pouvait même se faire qu'elle ne s'élevât pas à l'une de ces deux quotités, si lors du décès du dernier titulaire le majorat était grevé d'une autre pension de veuve. Car la nouvelle pension ne pouvait porter dans ce cas que sur le revenu qui restait libre, sauf à être augmenté, s'il y avait lieu, lorsque la précédente pension viendrait à s'éteindre.

Ces règles ne s'appliquaient qu'aux majorats de propre mouvement et si la dotation du majorat éteint se composait, partie de biens du domaine extraordinaire, partie de biens particuliers, le décret était observé dans ses termes pour les biens du domaine extraordinaire,

Digitized by Google

tandis que ceux du domaine particulier étaient réglés par le décret de 1808.

Le décret de 1812 réglait aussi à nouveau la procédure que devait suivre la veuve pour le règlement de sa pension, et rappelait qu'elle devait fournir la preuve que le titulaire du majorat était décédé sans héritier mâle, qu'elle n'avait pas divorcé, qu'elle avait ou non des filles. Elle devait aussi établir l'importance de son revenu pour arriver à la fixation de sa pension, qui devait être réclamée dans les six mois, sous peine de perdre les arrérages depuis le décès jusqu'à la demande.

Le service de la pension restait à la charge de la Couronne si le majorat n'était pas concédé à un nouveau titulaire : à celle de ce dernier dans l'hypothèse inverse.

Les majorats de l'Empire furent maintenus sous la Restauration avec leurs règles spéciales. Les ordonnances du 25 août, du 7 octobre 1818, du 10 février 1824, 21 juin 1829, en créèrent de nouveaux, qui furent affectés à la pairie héréditaire. Mais elles ne contiennent pas de dispositions spéciales au sujet des veuves.

Une loi du 12 mai 1835 interdit pour l'avenir toute institution de nouveaux majorats. Elle laissa subsister purement et simplement les majorats de propre mouvement, et décida que les majorats sur demande ne pourraient s'étendre au delà de deux degrés, l'institution non comprise. Il n'y était pas question du droit des veuves à l'égard des majorats érigés sous l'Empire, mais il fut respecté.

Une loi du 7 mai 1849 laissa comme la précédente subsister les majorats de propre mouvement, mais dé-

Digitized by Google

clara que les biens majoratisés ne seraient transmissibles qu'en faveur des appelés déjà nés ou conçus lors de la promulgation de la loi et qu'ils seraient immédiatement libres dans les mains des possesseurs actuels, s'il n'existait point d'appelés à ce moment, ou si ceux qui existaient alors venaient à décéder avant l'ouverture de leur droit.

Cette loi qui est la dernière sur cette question des majorats reconnaît implicitement le droit des veuves, puisque, dans son article 7, elle le soumet au droit fiscal de transmission d'usufruit.

CHAPITRE II

DU DROIT DE L'ÉPOUX SURVIVANT SUR LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Ce n'est pas ici le lieu de discuter la question de savoir si le droit des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques devrait être ou non un droit de propriété perpétuelle.

Qu'il nous suffise de rappeler que si la législation de l'ancienne monarchie consacrait ce droit à une propriété perpétuelle pour l'auteur et ses héritiers, les lois de la Révolution vinrent établir le principe contraire et déci-

Digitized by Google

der que ces œuvres tombaient par leur publication dans le domaine public. Seulement, à titre de privilège, les auteurs ou leurs héritiers étaient autorisés à jouir pendant un certain temps du produit de leurs œuvres.

Le principe a été conservé, mais il a reçu de nombreuses modifications, quant au temps pendant lequel les auteurs ou leurs héritiers peuvent exercer leurs droits sur leurs œuvres.

Une loi du 13 janvier 1791, sur les spectacles, décida que les héritiers et cessionnaires des auteurs dramatiques ne devaient plus être propriétaires de leurs ouvrages que pendant cinq ans après la mort de l'auteur.

La loi du 19 juillet 1795 proclama que le droit des auteurs sur toutes les œuvres littéraires et artistiques durerait pendant leur vie entière, et se continuerait pendant dix ans après leur mort au profit de leurs héritiers ou cessionnaires.

Citons encore un décret du 1er germinal an XIII, qui accorda aux ouvrages posthumes, publiés par les héritiers, les mêmes droits qu'aux ouvrages originaux.

Mais, jusque-là, aucune de ces lois ne s'était préoccupée du conjoint survivant. Après la promulgation du Code au contraire, et sous l'empire de cette réaction que nous avons signalée contre la disposition de l'article 767, nous voyons les législateurs se préoccuper de la situation qui doit lui être faite en cette matière spéciale.

C'est ainsi que le décret du 5 février 1810 vint « *garantir le droit de propriété à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de*

Digitized by Google

celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans. »

Il n'y a encore là d'avantage légal que pour la veuve à laquelle ce décret accorde un droit viager sur les produits de l'œuvre. Mais c'est un grand pas de fait, et on ne peut qu'applaudir à cette disposition qui fait que les héritiers, les descendants eux-mêmes, ne viennent exercer leurs droits sur la propriété littéraire qu'après la mort de la veuve, et conservent, pendant vingt ans après la mort de celle-ci, le droit qui lui est réservé pendant toute sa vie.

Après la loi du 8 avril 1854, qui porta à trente ans le droit des enfants sans modifier davantage celui des autres héritiers, vint enfin la loi du 14 juillet 1866 qui forme aujourd'hui la législation en cette matière.

Grâce à elle le droit des héritiers et autres successeurs est prorogé à cinquante ans à partir du décès de l'auteur, et non plus à partir du décès de la veuve.

Pendant cette période de cinquante ans, le conjoint survivant, et non plus seulement la veuve, quel que soit le régime matrimonial, et indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime de la communauté, a la jouissance des droits dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé par acte entre-vifs ou par testament. Si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette jouissance est réduite au profit de ces héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par les articles 913 et 915 du Code civil.

Cette jouissance du conjoint survivant n'a pas lieu en cas de séparation de corps prononcée contre le conjoint,

Digitized by Google

et elle cesse dans le cas où il contracte un second mariage.

Un arrêt de la Cour de Paris, assez singulier par ses conséquences, est intervenu à la date du 13 mars 1880 (D., 1880, 2, 169.) au sujet de l'application de cette loi du 14 juillet 1866.

Un sieur Michel-Benoît Gaudichot, connu dans le monde des lettres sous le nom de Michel Masson, avait épousé, le 18 février 1824, la demoiselle Françoise Deliège, sans contrat, par conséquent sous le régime de la communauté légale. En 1871, la dame Gaudichot vint à décéder. A la mort de sa mère, le sieur Gaudichot fils n'éleva aucune réclamation; mais son père ayant convolé en secondes noces et consenti la cession à titre onéreux de ses droits de propriété littéraire, il introduisit, le 4 juillet 1875, devant le tribunal civil de la Seine, une demande en comptes, liquidation et partage des successions et de la communauté de la dame Michel-Benoît Gaudichot.

Par jugement du 19 août 1876, le tribunal civil de la Seine commit Me Gentien, notaire, à cette liquidation. Celui-ci, estimant que les ouvrages littéraires et dramatiques composés par M. Michel Masson père étaient la *propriété personnelle* de ce dernier, ne les comprit pas dans l'actif de la communauté, et en fit opérer la *reprise en nature* par M. Michel Masson père.

Le sieur Gaudichot fils s'adressa alors de nouveau au tribunal de la Seine, prétendant que les diverses productions dont il s'agissait constituaient des valeurs dont le *caractère était essentiellement mobilier*, qu'à

Digitized by Google

ce titre elles *faisaient partie de la communauté* ayant existé entre les époux, à défaut de contrat de mariage, et qu'en qualité de seul et unique héritier de sa mère, il aurait dû être considéré comme *propriétaire pour moitié* de celles de ces œuvres qui avaient été composées par son père durant le mariage.

Le tribunal de la Seine, par jugement en date du 18 janvier 1878, adopta les dires de M. Gaudichot fils.

Voici quelques-uns des considérants sur lesquels il appuya son jugement :

« Attendu que le défendeur (Michel Masson) oppose que les lois spéciales qui régissent la propriété littéraire ont dérogé à la loi générale, en ce qu'elles n'ont reconnu de droit à la femme ou à ses représentants sur les œuvres du mari qu'autant que celui-ci est décédé, réservant à l'auteur pendant toute sa vie un droit exclusif sur son œuvre, droit qui, dès lors, n'admet durant ce temps aucun partage au profit de la femme, encore bien que la communauté soit dissoute ; — attendu que le décret du 19 juillet 1793, qui a été invoqué par le défendeur, a eu pour but de régler la durée de la propriété littéraire à l'égard du public, et de préserver le droit reconnu à l'auteur et à ses héritiers de toute atteinte de la part des tiers ; que c'est ainsi qu'il a organisé la répression de la contrefaçon ; mais qu'aucune de ses dispositions n'excluant formellement l'application au droit d'auteur du statut matrimonial des époux, la loi commune, sous ce rapport, a conservé tout son effet, même en présence du décret sus-visé ; — attendu que l'art. 39 du décret du 5 février 1810, en accordant à la veuve un droit viager sur les œuvres de son mari, en a toutefois subordonné l'exercice aux conventions matrimoniales des époux ; que cette disposition dénote l'intention de laisser, même en cette matière, tout son effet à la loi commune qui régit l'association conjugale, loi qui, par suite, doit être appliquée lorsqu'il s'agit du règlement à intervenir à la dissolution de la communauté ; — *attendu que la loi du 14 juillet 1866, déterminant la durée des droits du conjoint survivant, fait réserve expresse des droits qui peuvent résulter en*

Digitized by Google

faveur de ce conjoint du régime de la communauté ; qu'il est constant que cette disposition ne doit pas être restreinte au cas où l'auteur de l'ouvrage serait lui-même prédécédé ; qu'en effet, dans l'exposé des motifs, il est formellement énoncé que *la nature mobilière qui a été reconnue au droit d'auteur, fait entrer dans la communauté conjugale, non-seulement les produits du droit, mais le droit lui-même ;* qu'il résulte évidemment de cette idée qui n'a pas été contredite dans la discussion, que l'intention du législateur a été de faire application de la loi ordinaire au droit d'auteur, et par conséquent de l'art. 1041, lorsqu'il s'agissait de la liquidation de la communauté, quel que soit l'événement par suite duquel celle-ci est dissoute ; — attendu, d'ailleurs, que, si la propriété littéraire a pour l'auteur de l'ouvrage un caractère particulièrement personnel, rien toutefois dans sa nature ne fait obstacle à l'application du droit commun, lorsqu'il s'agit de la valeur qu'il représente.....

« Par ces motifs, le tribunal déclare Gaudichot fils propriétaire pour moitié de toutes les œuvres littéraires et dramatiques, composées par son père depuis le 18 février 1824, date du mariage de ce dernier, jusqu'au 8 février 1871, époque de la dissolution de la communauté ; — *dit en outre que ce dernier a droit pour l'avenir à la moitié des sommes qui pourront être perçues sur lesdits ouvrages à titre de droits d'auteurs ;* — dit également que le montant desdits droits qui ont été encaissés par le père depuis le décès de la mère jusqu'au 27 juillet 1876, date des saisies-arrêts, sera porté à l'actif de la communauté, pour être attribué par moitié à chacune des parties ; — ordonne la rectification, de l'état liquidatif conformément à ce qui vient d'être dit ; — l'homologue pour le surplus. »

Michel Masson père fit appel, et la Cour, adoptant les motifs des premiers juges, confirma leur jugement

Digitized by Google

par arrêt en date du 13 mars 1880. Il se pourvut ensuite en cassation, mais ne fut pas plus heureux devant la Cour suprême, qui prononça un arrêt de rejet le 16 août 1880 (Pal., 1881, 1, 38.)

Il résulte de cet arrêt que *le conjoint d'un auteur a des droits plus étendus que l'auteur lui-même, à la condition d'être marié sous le régime de la communauté.*

En effet, si c'est l'auteur lui-même qui prédécède, ses droits d'auteur sont exercés pendant cinquante ans par l'époux survivant, sans que les héritiers de l'auteur touchent quoi que ce soit, si l'existence du survivant se prolonge pendant les cinquante années qui suivent le décès de l'auteur. Si, au contraire, le conjoint de l'auteur prédécède, ses héritiers jouissent « à l'avenir de la moitié des sommes qui pourront être perçues sur lesdits ouvrages à titre de droits d'auteur », car « la nature mobilière du droit de l'auteur fait entrer dans la communauté conjugale non-seulement le produit du droit, mais le droit lui-même. » Le droit de l'auteur est par conséquent diminué de moitié.

Il est donc exact de dire que le droit du conjoint de l'auteur est plus étendu que celui de l'auteur lui-même, car, dans un cas, ce dernier, de son vivant, ne touche que la moitié de ses droits d'auteur, tandis que dans l'autre, l'époux survivant touche la totalité des droits d'auteur de son conjoint prédécédé.

« La question résolue par notre arrêt, écrit M. Lyon-Caen dans une note au sujet de cette arrêt (Pal., 1881, I, 38,) n'est pas nouvelle ; elle se présentait déjà dans la législation antérieure à 1866 ; l'art. 39 du *décret sur la*

Digitized by Google

librairie du 5 février 1810 avait même fait naître la difficulté. Nous croyons avec notre arrêt que, même avant la loi de 1866, les droits de propriété littéraire tombaient dans la communauté. — V. *Rép. gén. Pal.*, *eod. verb.*, nos 136 et suiv.; *Table gén.*, Deville et Gilb., vo *Communauté conjug.*, nos 61 et suiv. — Mais n'en eût-il pas été ainsi, que la loi de 1866 nous paraîtrait avoir résolu la question et modifié en ce point la législation antérieure. »

CHAPITRE III

DU DROIT DES VEUVES AUX PENSIONS CIVILES ET MILITAIRES

La première loi qui ait proclamé la dette de l'État envers les fonctionnaires remonte au 3 août 1790. Avant cette date, des pensions étaient bien accordées soit aux anciens fonctionnaires, soit à leurs veuves, mais rien n'en réglementait la délivrance, qui avait lieu selon l'arbitraire ou le bon plaisir du Roi.

La loi de 1790, avec le style emphatique de l'époque, vint donc la première déclarer, que « l'État devait récompenser les services rendus au corps social, quand leur importance et leur durée méritent ce témoignage de reconnaissance. La nation, ajoute l'art. 1, doit aussi

Digitized by Google

payer aux citoyens le prix des sacrifices qu'ils ont fait à l'utilité publique. — Les seuls services qu'il convient à l'État de récompenser sont ceux qui intéressent la société entière. Les services qu'un individu rend à un autre individu ne peuvent être rangés dans cette classe, qu'autant qu'ils sont accompagnés de circonstances, qui en font réfléchir l'effet sur tout le corps social (art. 2). – Les sacrifices dont la nation doit payer le prix, sont ceux qui naissent des pertes qu'on éprouve en défendant la patrie, ou des dépenses qu'on a faites pour lui procurer un avantage réel et constaté (art. 3). — Tout citoyen qui a servi, défendu, illustré, éclairé sa patrie, ou qui a donné un grand exemple de dévouement à la chose publique, a des droits à la reconnaissance de la nation et peut, suivant la nature et la durée de ses services, prétendre aux récompenses (art. 4). — Il y aura deux espèces de récompenses pécuniaires : les pensions et les gratifications. Les premières sont destinées au soutien du citoyen qui les aura méritées ; les secondes à payer le prix des pertes souffertes, des sacrifices faits à l'utilité publique (art. 6). »

L'article 7 enfin de cette même loi réglait le droit de la veuve : « Aucune pension ne sera accordée à qui que ce soit avec clause de réversibilité ; mais *dans le cas de défaut de patrimoine, la veuve d'un homme mort dans le cours de son service public pourra obtenir une pension alimentaire*, et les enfants être élevés aux dépens de la nation, jusqu'à ce qu'elle les ait mis en état de pourvoir eux-mêmes à leur subsistance. »

Nous avons tenu à citer le texte de cette loi parce

Digitized by Google

qu'elle est demeurée en vigueur pour les fonctionnaires amovibles, depuis les ministres jusqu'aux sous-préfets. Les pensions de ces fonctionnaires sont payables directement sur les fonds du Trésor public, mais dans chaque grande administration on a établi des caisses de retenues ou caisses de retraites, destinées à pourvoir au paiement des pensions, au moyen d'un prélèvement sur les traitements. Les retenues furent d'abord fixées à 1 0/0 en l'an IV (4 brumaire), puis élevées à 2 0/0 le 5 mars 1811. Elles sont actuellement de 5 0/0.

Les lois, décrets et ordonnances sur cette matière des pensions sont très nombreux à cause des classes multiples de fonctionnaires civils ou militaires qui ont successivement attiré l'attention du législateur, et des mesures financières qu'elles ont nécessitées.

Nous nous bornerons à mentionner parmi les dispositions législatives abrogées :

Un décret du 4 juillet 1806, sur les employés du Ministère de l'Intérieur, fixant le droit de la veuve, si le mariage remonte à cinq ans au moins, à la moitié de la pension de son mari, s'il laisse des enfants, à un quart seulement dans le cas contraire. La veuve perdait son droit à la pension en cas de divorce ou de second mariage.

Un décret du 10 novembre 1807, sur les officiers de port, fixant le droit des veuves au tiers de la pension du mari, qu'il y eût ou non des enfants.

Un décret du 10 février 1811, sur les employés de la Cour des comptes. — Le droit de la veuve n'est que du

Digitized by Google

quart, plus un cinquième de ce quart par enfant de de moins de quinze ans.

Une ordonnance royale du 23 septembre 1814 sur les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, qui liquidait le droit des veuves suivant leurs ressources personnelles, sans qu'il pût excéder les deux tiers de la pension du mari.

Une ordonnance du 20 janvier 1815 sur les militaires tués ou blessés au service, qui fixait le droit de leurs veuves au quart de leurs pensions.

Une ordonnance du 28 novembre 1821 sur les employés des subsistances militaires, qui faisait varier le droit de la veuve entre le quart et la moitié de celui de son mari, selon son âge, la présence ou l'absence d'enfants et les services du mari.

Une ordonnance du 20 août 1824 sur les employés de l'imprimerie royale établissant la pension de la veuve au tiers, à la moitié ou aux deux tiers, suivant le nombre des enfants.

Une ordonnance du 12 janvier 1825 réglant enfin le droit des veuves pour les employés du Ministère des Finances.

Mais les deux ordonnances du 11 avril 1831 et du 18 avril de la même année, sont encore en vigueur. Elles ont bien été modifiées par la loi du 26 avril 1855, sur la dotation de l'armée et les pensions militaires, mais sur des points qui n'intéressent pas notre sujet.

La première règle les pensions de l'armée de terre.

Ses articles 19, 20, 21 et 22, sont consacrés aux pensions des veuves et orphelins :

Digitized by Google

Art. 19 : « Ont droit à une pension viagère; — 1° les veuves de militaires tués sur le champ de bataille ou dans un service commandé ; — 2° les veuves de militaires qui ont péri à l'armée ou hors d'Europe, et dont la mort a été causée soit par des événements de guerre, soit par des maladies contagieuses ou endémiques, aux influences desquelles ils ont été soumis par les obligations de leur service ; — 3° les veuves de militaires morts des suites de blessures reçues, soit sur le champ de bataille, soit dans un service commandé, pourvu que le mariage soit antérieur à ces blessures ; — la cause, la nature et les suites des blessures seront justifiées dans les formes et dans les délais prescrits par un règlement d'administration publique ; — 4° les veuves de militaires morts en jouissance de la pension de retraite, ou en possession du droit à cette pension, pourvu que le mariage ait été contracté deux ans avant la cessation de l'activité ou du traitement militaire du mari, ou qu'il y ait eu un ou plusieurs enfants issus du mariage antérieur à cette cessation. — Dans les cas prévus par le présent article, le mariage contracté par les militaires en activité de service, postérieurement à la promulgation du décret du 16 juin 1808, n'ouvrira de droit à pension aux veuves et enfants, qu'autant qu'il aura été autorisé dans les formes prescrites par ledit décret.

L'article 20 déclare que : « en cas de séparation de corps, la veuve d'un militaire ne peut prétendre à aucune pension. » Un arrêt du Conseil d'État, en date du 18 mars 1842, a interprété cet article à la lettre, et déclaré

Digitized by Google

que la veuve n'avait pas droit à la pension, que la séparation de corps ait été prononcée contre elle ou que ce soit elle qu'il l'ait obtenue. Cette jurisprudence qui tendrait a empêcher la femme de demander sa séparation de corps, sous peine de se voir privé en cas de veuvage du bénéfice de la pension de son mari, ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi.

L'article 21 règle le droit des orphelins et l'article 23 fixe le taux de la pension des veuves.

Elle est fixée au quart du maximum de la pension d'ancienneté affectée au grade dont le mari était titulaire. Mais celle des veuves des maréchaux de France est fixée à 6.000 francs, et celle des veuves de caporaux, brigadiers, soldats et ouvriers ne peut être moindre de 100 francs.

L'ordonnance du 18 avril 1831, sur les pensions de l'armée de mer, reproduit dans ses articles 19, 20, 21 et 22 les dispositions de la précédente sur le droit des veuves.

Sous le second Empire, les dispositions éparses des lois, décrets et ordonnances sur les diverses classes de fonctionnaires de l'ordre civil furent coordonnées dans la loi du 9 juin 1853.

« A droit à pension, dit l'article 13 de cette loi, la veuve du fonctionnaire qui a obtenu une pension de retraite en vertu de la présente loi, ou qui a accompli la durée de service exigée par l'article 5, pourvu que le mariage ait été contracté six ans avant la cessation des fonctions du mari. »

« Ont droit à pension, ajoute l'article 14 : — 1° la

Digitized by Google

veuve du fonctionnaire ou employé qui, dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, a perdu la vie dans un naufrage ou dans un des cas spécifiés par le paragraphe 1er de l'article 11, soit immédiatement, soit par suite de l'événement ; (1) — 2° la veuve dont le mari aura perdu la vie par un des accidents prévus au paragraphe 2me de l'article 11 (2), ou par suite de cet accident. »

Dans le cas de l'art. 18, la pension de la veuve est du tiers de celle que le mari avait obtenue ou à laquelle il aurait eu droit. Elle ne peut être inférieure à 100 francs, sans toutefois excéder celle que le mari aurait obtenu ou pu obtenir.

Dans le cas du paragraphe 1er de l'art. 14, elle est des deux tiers de celle que le mari aurait obtenue ou pu obtenir par application de l'art. 12, premier paragraphe.

Dans celui du paragraphe 2me de ce même art. 14, la pension est du tiers de celle que le mari aurait obtenue ou pu obtenir en vertu du paragraphe 2me dudit art. 12.

Dans le cas de l'art. 13, la veuve a droit à sa pension

(1) Ce paragraphe 1° de l'art. 11 est ainsi conçu : « Les fonctionnaires et employés qui auront été mis hors d'état de continuer leur service, soit par suite d'un acte de dévouement dans un intérêt public, ou en exposant leurs jours pour sauver la vie d'un de leurs concitoyens, soit par suite de lutte ou combat soutenu dans l'exercice de leurs fonctions. »

(2) Ce paragraphe 2° est ainsi conçu : « Ceux qu'un accident grave, résultant notoirement de l'exercice de leurs fonctions, met dans l'impossibilité de les continuer. — Peuvent également obtenir pension, s'ils comptent cinquante ans d'âge et vingt ans de service dans la partie sédentaire, ou quarante-cinq ans d'âge et quinze ans de service dans la partie active, ceux que des infirmités graves, résultant de l'exercice de leurs fonctions, mettent dans l'impossibilité de les continuer ou dont l'emploi aura été supprimé. — Peuvent aussi obtenir pension les magistrats mis à la retraite en vertu du décret du 1er mars 1852, qui remplissent la condition de service indiquée dans le paragraphe qui précède. »

Digitized by Google

pourvu que le mariage ait été contracté six ans avant la cessation des fonctions du mari ; dans ceux de l'art. 14 il suffit, pour qu'elle ait le même droit, que le mariage ait été contracté antérieurement à l'événement qui a amené la mort ou la mise à la retraite du mari.

L'art. 15 prévoit un cas spécial, celui où un employé ayant servi alternativement dans la partie active et dans la partie sédentaire, décède avant d'avoir accompli les trente années de service exigées pour constituer le droit à pension de sa veuve. Dans ce cas, un cinquième de son temps de service dans la partie active est ajouté fictivement en sus du service effectif pour compléter les trente années nécessaires. La liquidation ne s'opère, néanmoins, que sur la durée effective des services.

La veuve, dans le cas de séparation de corps prononcée contre elle, n'a droit à aucune pension. Il en est de même de celle dont le mari est décédé en fonctions, avant d'avoir accompli la durée de service exigée par l'art. 5.

Mais le convol de la femme ne lui fait pas perdre, comme dans la plupart des actes législatifs antérieurs, son droit à la pension.

Ce droit de la veuve à une partie de la pension de son mari ayant exercé des fonctions salariées par l'État n'est pas réciproque, et le veuf d'une femme, ayant exercé des fonctions de ce genre, n'a aucun droit de même espèce.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

DES DROITS SUCCESSORAUX DU CONJOINT D'UN DÉPORTÉ

Nous venons de voir par quels gains de survie au profit du conjoint survivant étaient récompensés une existence illustre, les services rendus dans les fonctions civiles ou militaires, la gloire qui s'attache à la confection d'œuvres artistiques ou littéraires. Il s'agit maintenant d'une loi applicable à ceux qui ont eu dans leur existence la flétrissure d'une condamnation. Elle est toute récente, elle date d'une douzaine d'années à peine, et, chez les législateurs qui l'ont édictée, nous allons encore retrouver cette tendance à réagir contre l'article 767, que nous avons observée dans les lois spéciales que nous avons déjà étudiées.

Les dispositions de cette loi du 25 mars 1873 sont applicables au conjoint survivant, quel que soit son sexe (art. 14).

Le principal objet de cette loi est de régler la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie. Elle les admet à la jouissance et à l'exercice d'une partie des droits civils que la peine de la déportation leur enlève en principe, et elle leur permet d'obtenir des concessions de terres, provisoires pendant cinq années, et défi-

Digitized by Google

nitives après ce délai, si elles ne leur ont pas été retirées.

L'article 11 crée au profit du conjoint survivant un premier gain de survie. Il déclare en effet que : « en cas de décès du titulaire d'une concession provisoire avant les cinq ans, *sa veuve et ses enfants pourront être autorisés à continuer la possession et devenir propriétaires à l'expiration du délai qui restait à courir*, sous les conditions imposées au concessionnaire. » En lisant veuve, il faut entendre le conjoint quelconque, en se référant à l'article 14, et il faut admettre aussi que le conjoint a usé de la faculté et des facilités que lui donne la loi pour aller partager sur la terre d'expiation l'existence du déporté.

Ces deux observations s'appliquent à l'article 13, qui concède en ces termes au conjoint survivant un second gain de survie : « Si le concessionnaire vient à mourir après que la concession a été rendue définitive, les biens qui en font partie sont attribués aux héritiers d'après les règles du droit commun. Néanmoins, *dans le cas où il n'existerait pas d'enfants légitimes ou autres ascendants, la veuve, si elle habitait avec son mari, succédera à la moitié en propriété*, tant de la concession que des autres biens que le déporté aurait acquis dans la colonie. *En cas d'existence d'enfants légitimes ou autres descendants, le droit de la femme ne sera que d'un tiers en usufruit.* »

Et, comme si le législateur ne trouvait pas encore assez favorable les dispositions que nous venons de rencontrer, il permet aux condamnés de disposer de

Digitized by Google

leurs biens, dans les limites autorisées par les articles 1094 et 1098 du Code civil, dans quelque lieu qu'ils soient situés, soit par acte entre-vifs, soit par testament, en faveur de leurs conjoints habitant avec eux.

Nous trouvons donc en faveur du conjoint survivant d'un déporté, deux espèces de droit : une sorte de réserve dont la quotité varie, et une faculté de disposition par actes entre-vifs ou testamentaires.

Digitized by Google

TITRE II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Si nous consultons maintenant les législations étrangères, nous allons constater qu'à part la Belgique qui nous a emprunté notre Code civil et ne l'a pas encore modifié sur ce point, et quelques cantons de la Suisse, dans tous les États civilisés d'Europe et d'Amérique, le législateur a assuré au conjoint survivant une situation honorable et digne.

Nous avons rangé en cinq groupes les législations que nous avons passées en revue avec M. Boissonnade, dans son *Histoire des droits de l'époux survivant*, en les réunissant suivant les analogies de leurs dispositions sur le sujet qui nous occupe.

I. — Le premier groupe a conservé plus ou moins exactement les traditions du Droit romain. Il comprend :

1° La Grèce, qui ne fait venir l'époux survivant qu'après tous les parents successibles, mais qui permet les donations et les dispositions testamentaires ;

Digitized by Google

2° L'Écosse, qui suit un mélange de droit féodal pour les successions et de Droit romain pour la dot et les conventions matrimoniales;

3° Le Hanovre, où le mari a la moitié de la dot comme droit de survie, et la femme un *morgengabe* et un douaire égal à sa dot;

4° La Bavière, qui fait des distinctions nombreuses au sujet des droits successoraux entre époux, et qui accorde :

S'il y a des enfants :

A la femme survivante, sa dot, le don de noces, une part d'enfant dans les acquêts et le mobilier, une contre-dot égale à la dot;

Au mari survivant, tous les acquêts faits pendant le mariage, tandis que la fortune propre de la femme et le don de noces sont rendus aux enfants;

S'il n'y a pas d'enfants :

Au survivant, l'usufruit de la moitié des acquêts, tandis que les apports du prédécédé et la nue-propriété de cette moitié des acquêts reviennent à ses héritiers.

5° Le canton suisse de Fribourg qui admet le régime dotal, mais avec de grandes facilités pour permettre la constitution de gains de survie conventionnels.

6° Le canton des Grisons avec un régime dotal mitigé. Le survivant a en effet l'usufruit des deux tiers des biens du prédécédé, s'il n'y a pas de descendants, et du tiers dans le cas contraire. Cet usufruit cesse en cas de second mariage. — S'il y a eu entre les époux une communauté conventionnelle, les bénéfices sont répar-

Digitized by Google

tis de la façon suivante : deux tiers au mari ou à ses héritiers, un tiers à la femme ou à ses héritiers.

II. — Le second groupe a encore conservé le système romain, mais admet la quarte du conjoint pauvre. Nous y faisons rentrer :

1° L'ancien royaume des Deux-Siciles, qui n'accordait en face de parents successibles qu'une pension alimentaire ne pouvant excéder le quart des revenus de la succession, en face de trois enfants ou moins, ni une part virile des revenus, en face de quatre enfants ou plus. Elle était due seulement au conjoint pauvre.

2° Le duché de Modène, où le survivant pauvre n'avait également droit qu'à une pension.

3° Le duché de Toscane, qui donnait l'usufruit d'un quart de la succession au conjoint pauvre, s'il n'y avait pas d'enfants communs, et qui, en présence d'enfants, obligeait seulement les enfants à subvenir aux besoins de leurs parents. A défaut de successibles au dixième degré, le conjoint non remarié avait droit à toute la succession en pleine propriété.

4° La Roumanie, où la femme survivante, si elle est pauvre, prend dans la succession de son mari, en face de descendants, une part d'enfant, au maximum d'un tiers, et en face d'ascendants ou de collatéraux, un quart en pleine propriété ; tandis que le mari survivant ne vient à la succession de sa femme qu'à défaut de tous parents successibles et d'enfants naturels.

5° Les Iles Ioniennes, avec le régime dotal, et une quarte du conjoint pauvre, en revenus, même en face d'enfants.

Digitized by Google

6° L'Allemagne, qui accorde le droit de succession entre époux, à défaut seulement de parents successibles, et une portion virile au maximum d'un quart, si la veuve est pauvre. On y trouve en outre une *portion statutaire*, sorte de réserve, tantôt en usufruit, tantôt en propriété, au profit de la veuve survivante.

7° La Louisiane, où le conjoint survivant, s'il est pauvre, a droit au quart de la succession, en propriété, s'il n'y a pas d'enfants, et à une part en usufruit, au maximum d'un quart, s'il y a des descendants.

8° La Bolivie, qui reconnaît au conjoint pauvre survivant une partie de la succession, en concours avec tout parent légitime, et dans des proportions qui varient suivant la qualité des héritiers en présence desquels il se trouve.

III. — Le troisième groupe reconnaît à l'époux survivant un usufruit universel, à charge d'entretenir les enfants. Il comprend :

1° La Serbie, où à défaut de dispositions du mari, la veuve non remariée a l'usufruit de tous les biens du mari, concurremment avec les héritiers de celui-ci, qui peuvent demander le partage et restreindre son droit à la moitié de l'usufruit total. — Mais le mari ne succède à la femme qu'à défaut de tout successeur légitime.

2° Le canton du Valais qui donne au survivant l'usufruit de tous les biens du défunt, s'il n'y a pas d'enfants, et de la moitié au cas contraire. Ce droit d'usufruit est réservé pour la moitié et réduit de droit à cette moitié en cas de convol.

Digitized by Google

3° Celui de Bâle-ville, où le survivant a, sans distinction des parents avec lesquels il concourt, l'usufruit de tous les biens de l'autre.

4° Celui de Soleure, qui admet le régime de communauté avec des parts différentes pour le mari et la femme dans les bénéfices, et donne à l'époux survivant l'usufruit de toute la succession du prédécédé à charge de donner aux enfants, à leur majorité, le quart de l'usufruit de leur portion heréditaire.

IV. — Le quatrième groupe accorde l'usufruit d'une part, en présence d'enfants, et une part en propriété en présence des autres successibles. Dans ce groupe nous rangeons :

1° L'ancien royaume de Sardaigne qui donnait au conjoint survivant :

Un quart en usufruit, en présence d'un, deux ou trois enfants légitimes du *de cujus ;*

L'usufruit d'une part d'enfant, s'il y en avait quatre ou davantage ;

Un quart en pleine propriété en présence de parents légitimes ou d'enfants naturels ;

La totalité, à défaut de tout successible.

2° L'ancien duché de Parme et Plaisance, où l'on accordait au conjoint, en l'absence d'enfants, un quart en usufruit à titre de légitime.

3° Le nouveau royaume d'Italie, qui règle les droits du conjoint survivant de la façon suivante :

L'usufruit d'une part d'enfant, ne pouvant jamais excéder le quart, en face d'enfants légitimes ;

Digitized by Google

Un quart en propriété en présence d'ascendants *et* d'enfants naturels;

Un tiers en pleine propriété, en face d'ascendants *ou* d'enfants naturels;

Deux tiers, en présence de collatéraux jusqu'au sixième degré.

La totalité à l'exclusion des parents du sixième au dixième degré;

En outre, le survivant a une réserve en usufruit qui est une part d'enfant légitime, en face de successibles de cette qualité, d'un quart en face d'ascendants, et d'un tiers en présence de successibles, non réservataires eux-mêmes.

Il convient d'ajouter que l'époux est tenu d'imputer sur ses droits héréditaires tout ce qu'il a reçu du défunt, en vertu des conventions matrimoniales et des gains dotaux.

4° L'Espagne, qui accorde au conjoint pauvre une pension alimentaire du quart des revenus, même en présence d'enfants, l'usufruit des biens patrimoniaux en même temps que la propriété des autres biens, quand il n'y a pas d'héritiers au quatrième degré, et la totalité quand il n'y a pas de successibles au dixième degré.

5° L'Amérique du Sud, qui s'est inspirée de la législation espagnole.

6° La Prusse, qui distingue s'il y a eu ou non communauté.

S'il n'y a pas eu communauté, l'époux survivant prend: le quart en présence de descendants, le tiers en présence d'ascendants, de frères et sœurs ou descendants de

Digitized by Google

ceux-ci au premier degré, la moitié plus les meubles meublants en présence des autres collatéraux. La femme a, en outre, droit à un *morgengabe* et à un *douaire,* et le mari à un *legs de mariage* ou à un *contrat d'héritage.*

S'il y a eu communauté, le survivant prend la moitié de celle-ci en présence d'enfants. Mais s'il n'y en a pas, il a, sur l'autre moitié, outre les portions précédemment fixées, l'usufruit de la portion qu'il ne recueille pas.

Dans les deux cas, il a droit à une réserve qui s'élève à la moitié des droits légaux qui précèdent.

7° Le Wurtemberg, où l'époux survivant commun en biens a droit à un préciput, outre sa moitié de communauté. Il a en plus sur la succession du prédécédé droit à une portion *dite statutaire,* qui consiste dans une part d'enfant, au maximum du tiers, s'il y a des descendants, et dans la moitié en face d'autres parents jusqu'au dixième degré. Le tiers de cette portion statutaire est *réservé.* Il la perd, du reste, tout entière, s'il renonce à la communauté, ou s'il a fait avec le prédécédé un pacte de succession.

8° Francfort, où le survivant a une portion statutaire réservée en entier et fixée, s'il y a des enfants du mariage, à la moitié des meubles en propriété et à l'usufruit de la moitié des immeubles et acquêts recueillis par les enfants. En présence d'enfants d'un précédent lit, l'époux n'a qu'une part d'enfant. S'il n'y a pas d'enfants, il a la propriété de tous les meubles et la moitié des acquêts du prédécédé, ainsi que l'usufruit de ses immeubles.

Digitized by Google

9° L'Autriche, qui accorde au survivant l'usufruit d'une part d'enfant, au maximum d'un quart, et un quart en toute propriété, s'il n'y a pas d'enfants. Il n'y a pas de portion réservée, mais la femme a droit à un douaire tant qu'elle ne se remarie pas.

10° La Pologne, qui, à défaut de convention, donnait au survivant l'usufruit d'une part d'enfant en présence d'enfants, un quart en pleine propriété en face d'ascendants ou de collatéraux au quatrième degré, la moitié au delà de ce degré, et la totalité à défaut de parents successibles. Une moitié des droits légaux était réservée.

11° La Norwège, qui permet au survivant de prendre, outre la moitié de ses biens communs, une part d'enfant mâle dans l'autre moitié. A défaut d'enfants, il prend à son choix ou la moitié de la succession du prédécédé, ou le quart des apports de cet époux dans la communauté.

12° L'Angleterre. — Dans le droit anglais il n'est pas question de communauté de biens entre époux. Par le mariage et à défaut de stipulations particulières, la femme apporte à son mari l'usufruit de tous ses biens réels ou immobiliers et la propriété de ses biens personnels, c'est-à-dire de ses meubles. — La femme acquiert pour le cas de sa survie un douaire sur les biens de son mari. Il consiste dans la jouissance viagère du tiers des immeubles de son mari, et, en outre, de la propriété du tiers de ses meubles, s'il laisse des enfants, et de la moitié, s'il laisse d'autres parents. Elle peut y renoncer avec le consentement de ses parents, mais

Digitized by Google

sous la condition qu'une pension fixe lui soit assurée.

13° Le canton de Vaud. — A défaut de conventions ou de testament, le survivant a droit à l'usufruit de tous les biens recueillis par les enfants, à la propriété du quart des biens du prédécédé, en présence des père, mère, frères ou sœurs, neveux et nièces, et de la moitié en face de tous autres successibles.

14° Le canton de Neufchâtel. — Outre la moitié de la masse commune, l'époux survivant a droit, à défaut de convention spéciale à un gain de survie, qui consiste, s'il n'y a pas de postérité légitime, dans la moitié des meubles du prédécédé en propriété, plus l'usufruit de tous les biens immeubles. S'il y a des enfants légitimes, ce droit est réduit de moitié.

15° Le canton du Tessin. — A défaut de conventions matrimoniales et de constitution de dot, l'époux survivant a l'usufruit du quart des biens du prédécédé, s'il n'y a pas d'enfants ; autrement, il n'a que l'usufruit d'une part d'enfant. Le conjoint succède *ab intestat* pour un quart, après les descendants, les ascendants, frères et sœurs ou descendants d'eux.

16° Celui de Lucerne. — En face d'enfants, l'époux survivant a le quart de tous les biens en usufruit ; en face de la seconde classe d'héritiers (car les héritiers sont divisés en cinq classes), il a le quart en propriété ; le tiers en face des autres classes. A défaut d'héritiers légaux, il partage la moitié de la succession avec l'État. Il a une réserve d'un quart en usufruit.

V. — Dans ce cinquième groupe nous avons rangé les États qui accordent un droit de propriété au conjoint

Digitized by Google

survivant en face d'héritiers de tous degrés. Ce sont :

1° — Le royaume de Saxe, où le droit du conjoint survivant est réglé de la façon suivante :

Le quart en propriété en face de descendants ;

Le tiers en face d'ascendants ou de frères et sœurs et descendants d'eux ;

La moitié en face de collatéraux jusqu'au sixième degré ;

La totalité au delà de ce degré ;

La portion à laquelle il est appelé est réservée. Mais il peut en être privé pour indignité, exhérédation justement motivée, séparation de corps prononcée contre lui.

2° — La principauté de Saxe-Weimar, où le droit du conjoint est d'une part d'enfant, en face de descendants ; de la moitié en face d'ascendants et de frères ou sœurs ; de la totalité en face de collatéraux. La réserve est de la moitié de la part héréditaire. Pas de peines des secondes noces.

3° — Le duché de Brunswick, dans lequel l'époux survivant prend une part d'enfant, en face de descendants ; la moitié en face d'ascendants ; la totalité en face de collatéraux, à l'exclusion des frères et sœurs. Pas de peines des secondes noces, mais pas de portion réservée.

4° — Hambourg. — Si le mari survit à la femme, il a les deux tiers de sa succession, même en face d'enfants ; si c'est la femme qui survit, elle n'a que la moitié. Le survivant n'est pas tenu au partage avec les enfants tant qu'il ne se marie pas ; il n'est tenu que de leur donner des aliments et de les doter.

Digitized by Google

5° — La Russie. — Le survivant reçoit un septième des immeubles du prédécédé et un quart des meubles, qu'il y ait ou non des enfants. Cette portion est réservée sur les biens patrimoniaux.

Il succède en outre à son beau-père proportionnellement à la part qui reviendrait au prédécédé.

Certains gouvernements ont aussi des statuts particuliers. Quant aux époux mahométans, sujets russes, ils suivent un droit particulier : les femmes légitimes ont, à elles toutes, la huitième partie des biens, meubles et immeubles, s'il y a des enfants, et le quart, s'il n'y en a pas. Elles partagent entre elles par tête.

6° — Le Danemark. — A moins de dispositions contraires, la communauté de biens existe entre époux. A la mort de l'un d'eux, le partage se fait d'abord par moitié entre les héritiers du prédécédé et le survivant. Ce dernier a en outre une part en propriété réservée, qui est d'une part égale à celle de chaque enfant, sans qu'elle puisse excéder le quart de la succession — Si les héritiers sont autres que les enfants, il reçoit un tiers.

7° — Le canton de Berne. — L'époux survivant est héritier à réserve conjointement avec les enfants du défunt. S'il n'y a pas d'enfants, il est seul héritier. S'il y a des enfants communs, le mari survivant gagne tous les apports de la femme, tandis que la femme prend une part d'enfant. S'il y a des enfants de précédents lits, le mari survivant prend la portion que sa femme a eue dans le partage fait avec les enfants du précédent lit, tandis que la femme prend une part d'enfant.

Digitized by Google

L'époux qui se remarie doit rendre aux enfants la moitié des biens qu'il a ainsi recueillis.

8° La Turquie. — Chacun des époux garde sa fortune propre, mais, le jour du mariage, le mari fait à sa femme un don matutinal, conventionnel ou coutumier. Quant au droit de succession, il est très compliqué à cause des nombreuses classes d'héritiers. Observons cependant que le conjoint qui vient dans la première classe, concurremment avec les fils, le père et la mère, prend un quart, si c'est le mari, et un huitième, si c'est l'épouse. S'il y a plusieurs épouses légitimes, elles partagent ce huitième par tête.

Cette part héréditaire est réservée.

9° Les États-Unis d'Amérique. — A New-York et dans la plupart des États, la veuve, à défaut d'enfants, conçourt avec la mère, quand elles sont toutes les deux seules ; il en serait autrement s'il y avait le père, ou des frères et sœurs. En Géorgie et à Vermont, la veuve concourt même avec le père du défunt.

S'il y a des enfants, la veuve n'a qu'un douaire en usufruit, comme en Angleterre.

Ces droits varient quant à leurs quotités dans les différents États, mais dans chacun d'eux on rencontre des dispositions analogues.

Digitized by Google

LIVRE III

TENTATIVES LÉGISLATIVES FAITES POUR AMENER UNE RÉFORME DU SYSTÈME DU CODE CIVIL QUANT AUX DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

PROPOSITION DE LOI DE 1851

La première tentative, qu'aient essayée les législateurs pour combler la lacune que nous avons signalée dans notre Code civil remonte à 1851. A cette époque, MM. Bourzat, Bac, Ceyras, Clément, Durieu et autres proposèrent à l'Assemblée législative une loi destinée à assurer au survivant indigent une part d'enfant en usufruit, au maximum d'un quart, en face de descendants, et à un quart en propriété dans tous les autres cas. Cette part héréditaire de l'époux avait le caractère de réserve pour l'usufruit.

Cette proposition, contraire à l'esprit de notre droit

Digitized by Google

moderne, en ce qu'elle créait une distinction juridique entre les époux, basée sur l'état de leur fortune, et ne respectait pas le principe d'égalité, qui est un des fondements de notre société civile, n'avait guère de chance d'être adoptée dans une assemblée libérale comme celle de 1851.

La commission choisie pour l'examiner nomma comme rapporteur M. Victor Lefranc, et présenta un projet qui tendait à faire prendre sur la succession du conjoint prédécédé *une pension alimentaire* au profit du conjoint survivant *dans le besoin*. Cette pension ne pouvait jamais dépasser l'*usufruit des biens de la portion disponible*.

Il faut reconnaître que ce projet n'était guère favorable à l'époux survivant, mais il ne doit pas nous retarder plus longtemps, puisqu'il ne put aboutir, à cause de la dissolution de l'Assemblée nationale, qui arriva avant la discussion du rapport de M. Victor Lefranc.

CHAPITRE II

PROPOSITION DE LOI DE M. DELSOL

Le second essai législatif remonte à 1872 (1). Il est

(1) Notons que dans l'intervalle, l'Institut de France avait mis au concours, comme sujet du prix Bordin, pour 1871, la question suivante :

De la condition juridique de l'époux survivant, au point de vue du droit de succession et des dispositions entre époux :

Digitized by Google

dû à M. Delsol, alors membre de l'Assemblée nationale, qui présenta le 21 mai à cette Assemblée une proposition de loi, qui, après bien des incidents, a été adoptée le 9 mars 1877, par le Sénat, mais n'a pas encore été discutée par la Chambre des Députés.

La proposition de loi de M. Delsol tendait à assigner à l'époux un rang sérieux de successibilité, en l'appelant à succéder à la moitié des biens, s'il n'y avait pas de parents successibles au delà du sixième degré.

Elle l'appelait en outre à un usufruit réglé ainsi qu'il suit :

Si le défunt laissait des enfants communs, l'époux qui survivait avait l'usufruit d'une part d'enfant légitime, sans que jamais cette part pût être moindre du quart des biens.

Si le défunt laissait des enfants nés d'un précédent mariage, l'usufruit était d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cette part pût excéder le quart des biens.

S'il n'y avait point d'enfants, et que l'époux ne concourût point avec des héritiers légitimes, l'usufruit était de la moitié de la succession.

Ces droits d'usufruit et de propriété ne pouvaient être réclamés par l'époux contre lequel la séparation de

Vicissitudes du droit ancien à cet égard ;
Droit actuel ;
Droit comparé des législations modernes.

Les juges du concours, qui étaient : M. Giraud, rapporteur, MM. Faustin-Hélie, Pont, conseillers à la Cour de cassation, MM. Renouard, de Parieu, sénateurs, M. Valette, professeur à la Faculté de Droit de Paris, décernèrent le prix à M. Boissonade, agrégé à la Faculté de Droit de Paris, qui intitula son remarquable mémoire : *Histoire des droits de l'époux survivant.*

Digitized by Google

corps avait été prononcée. L'usufruit cessait, en outre, dans le cas d'un second et subséquent mariage.

Cette proposition de loi fut renvoyée à l'examen de la 12e commission d'initiative parlementaire, qui nomma M. Delsol rapporteur, et conclut à la prise en considération.

L'Assemblée nationale adopta, le 21 mars 1873, les conclusions du rapport, prit la proposition de loi en considération et la renvoya dans les bureaux pour y faire l'objet d'un examen spécial.

Les bureaux nommèrent une commission composée de MM. Sacase, *président;* Millaud, *secrétaire;* Humbert, Giraud, Mazeau, Faye, Gaslonde, Delsol, Le Royer, Sébert, de Marcère, Lebourgeois, Boyer, Denormandie.

Cette commission, comprenant la gravité de la proposition qui lui était soumise, résolut de l'entourer des plus solennelles consultations, et son président pria le Ministre de la justice de consulter la Cour de Cassation, les Cours d'appel et les Facultés de droit. La plupart des Cours et des Facultés répondirent à cet appel, et la Commission chargea MM. Sébert et Humbert de présenter à l'Assemblée des rapports sommaires, le premier sur les observations fournies par les différentes Cours, le second sur les observations des Facultés de Droit.

M. Sébert déposa son rapport le 30 décembre 1875. — Il y constate que la Cour de cassation et 26 Cours d'appel sur 27 ont donné l'avis réclamé d'elles. La Cour de Caen seule n'a pas fait connaître le sien. Les 17 Cours, dont

Digitized by Google

les noms suivent, ont plus ou moins adopté le principe de la proposition de M. Delsol; ce sont : les Cours d'Appel d'Agen, Alger, Amiens, Angers, Bastia, Besançon, Chambéry, Dijon, Grenoble, Lyon, Nancy, Nîmes, Orléans, Pau, Riom, Rouen et Toulouse. — Celle de Douai a été d'avis qu'il n'y avait pas lieu de modifier notre système successoral pour l'attribution au conjoint survivant d'un droit héréditaire en propriété ou usufruit, mais qu'il y avait lieu de reconnaitre au profit de l'époux survivant un droit alimentaire sur la succession de son conjoint. — La Cour de cassation et les huit autres Cours d'appel ont été d'avis de repousser dans son entier la proposition de M. Delsol. Ces cours sont celles d'Aix, Bordeaux, Bourges, Limoges, Montpellier, Paris, Poitiers et Rennes.

M. Humbert déposa le sien le 29 décembre 1875. — Après avoir rendu hommage « à la science profonde, à la puissante logique et à l'élévation des vues des éminents professeurs » qui ont été consultés, il constate : — que neuf Facultés, celles d'Aix, de Dijon, de Douai, de Grenoble, de Nancy, de Paris, de Poitiers, de Rennes et de Toulouse ont envoyé des mémoires à M. le Ministre de la justice, — mais que l'on n'a pas encore reçu, lors de la rédaction du rapport, les avis des Facultés de Bordeaux et de Caen. Il ajoute que presque tous les mémoires parvenus s'accordent pour approuver en principe la proposition de M. Delsol, mais diffèrent à beaucoup d'égards, en ce qui concerne les moyens les meilleurs à employer pour améliorer la position de l'époux survivant, au point de vue du droit héréditaire. Car, dit-il,

Digitized by Google

« si, par sa haute portée morale, le projet est de nature à rallier aisément la majorité des suffrages, il touche à l'ensemble de notre législation civile sur les successions ; de là naissent des questions complexes et délicates, qui ont été diversement résolues par les corps savants consultés. »

L'Assemblée nationale se sépara sans avoir discuté cette proposition de loi si admirablement préparée par la consultation des grands corps savants que nous venons d'indiquer.

M. Delsol, nommé sénateur, la reprit devant le Sénat le 13 juin 1876.

La quatrième commission d'initiative, à laquelle elle fut soumise, fut d'avis, à l'unanimité, de la prendre en considération, déclarant par la bouche de son rapporteur, M. Bonafous, que « l'unanimité de la commission s'était montrée contraire à toute attribution d'une part en propriété à l'époux survivant, mais que la majorité de la commission s'était au contraire montrée très favorable à une disposition légale, qui attribuerait à l'époux survivant un simple droit d'usufruit, le douaire de la vieille France. »

En conséquence une commission chargée d'examiner la proposition de loi fut nommée (1), et M. Delsol fut désigné pour faire le rapport qu'il présenta au Sénat le 20 février 1877.

Devant la répugnance manifestée par la plupart des autorités consultées pour l'attribution d'un droit de pro-

(1) Elle était composée de MM. Bourbeau, président ; Clément, secrétaire, Tailhand, Brunet, Bozérian, Ernest Picard, Jules Favre, Delsol, Taillefert.

Digitized by Google

priété, le rapport concluait seulement à accorder à l'époux survivant un droit d'usufruit.

Voici du reste le texte même du projet de la commission :

« Article unique.

« L'art. 767 du Code civil est ainsi modifié :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents successibles, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint qui lui survit.

« Néanmoins, dans les cas où le conjoint survivant ne succède pas à la pleine propriété, il a sur les biens du prédécédé un droit d'usufruit réglé ainsi qu'il suit :

« Si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage, le conjoint a l'usufruit du quart des biens.

« Si le défunt laisse des enfants nés d'un précédent mariage, l'usufruit du conjoint est d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cet usufruit puisse frapper plus du quart des biens.

« Si le défunt laisse des parents autres que des enfants légitimes, le conjoint a, quels que soient leur nombre et leur qualité, l'usufruit de la moitié des biens.

« L'époux survivant n'a droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre-vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudice des droits des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée et des droits de retour déterminés par la loi. Sur le montant de leurs droits respectifs, l'époux et les héritiers sont tenus d'imputer les libéralités qu'ils ont reçues du défunt directement ou indirectement.

« Dans le cas prévu par l'art. 754, l'usufruit du père

Digitized by Google

ou de la mère survivant ne s'exercera qu'après celui du conjoint.

« L'usufruit de l'époux survivant pourra être converti en une pension équivalente sur la demande d'un ou de plusieurs des héritiers du prédécédé, à la charge par eux de fournir des sûretés suffisantes.

« Le conjoint ne succède ni en propriété ni en usufruit, lorsqu'il existe contre lui, au moment du décès, un jugement de séparation de corps passée en force de chose jugée.

« En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse si le défunt a laissé des enfants.

« La succession du conjoint prédécédé doit des aliments au conjoint survivant qui est dans le besoin. Ces aliments sont réglés eu égard à la valeur de la succession, au nombre et à la qualité des successeurs du conjoint prédécédé. Dans ce cas, le délai pour réclamer la pension alimentaire est d'un an à compter de l'ouverture de la succession. Le règlement ne peut être ultérieurement modifié. »

La première délibération eut lieu devant le Sénat le 1er mars 1878. Le texte proposé par la commission et l'article unique de la proposition de loi furent mis aux voix et adoptés sans discussion.

Le Sénat réservait la dicussion sur le fond pour la seconde délibération. Elle eut lieu les 6 et 9 mars de la même année.

Dans la séance du 6 mars, MM. Delsol, rapporteur, et Bourbeau, prirent successivement la parole en faveur de la proposition, qui fut combattue par M. Bertauld.

Digitized by Google

Dans celle du 9, des amendements furent proposés par MM. Xavier, Blanc, Bernard, Clément, Paris, Ernest Picard, de Ventavon ; les uns furent adoptés, les autres rejetés. MM. Bourbeau, Bertauld et Delsol prirent encore la parole, et finalement la proposition de loi suivante fut adoptée par 193 voix contre 53 :

« Article unique.

« L'article 767 du Code civil est ainsi modifié :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents successibles, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint qui lui survit.

« Dans le cas où le conjoint survivant ne succède pas à la pleine propriété, il a sur les biens du prédécédé un droit d'usufruit réglé ainsi qu'il suit :

« Si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage, le conjoint a l'usufruit du quart des biens.

« Si le défunt laisse des enfants nés d'un précédent mariage, l'usufruit du conjoint s'exerce sur une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cet usufruit puisse frapper plus du quart des biens.

« Si le défunt laisse des parents autres que des enfants légitimes, le conjoint a, quels que soient leur nombre et leur qualité, l'usufruit de la moitié des biens.

« L'époux survivant n'a droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre-vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudice des droits des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée et des droits de retour déterminés par la loi. Sur le montant de leurs droits respectifs, l'époux et les héritiers

Digitized by Google

sont tenus d'imputer les libéralités provenant du défunt directement ou indirectement.

« Dans le cas prévu par l'article 754, l'usufruit du père ou de la mère survivant ne s'exercera qu'après celui du conjoint.

« L'usufruit de l'époux survivant pourra être converti en une rente viagère équivalente sur la demande d'un ou plusieurs des héritiers du prédécédé, à la charge par eux de fournir des sûretés suffisantes.

« Le conjoint ne succède ni en propriété, ni en usufruit, lorsqu'il existe contre lui, au moment du décès, un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.

« En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse si le défunt a laissé des enfants.

« Les dispositions qui précèdent, en ce qui concerne l'usufruit, cesseront de recevoir leur application toutes les fois que les droits du conjoint auront été réglés, soit par le contrat de mariage, soit par donation entre époux, soit par testament.

« La succession du conjoint prédécédé doit des aliments au conjoint survivant qui est dans le besoin. Ces aliments sont réglés eu égard à la valeur de la succession au nombre et à la qualité des successeurs du conjoint prédécédé. Dans ce cas, le délai pour réclamer la pension alimentaire est d'un an à compter de l'ouverture de la succession. Le règlement ne peut être ultérieurement modifié, vis-à-vis de la succession du conjoint prédécédé. Il peut l'être à l'égard du conjoint survivant qui n'est plus dans le besoin. »

Digitized by Google

Ce texte, on le voit, diffère peu de celui présenté au Sénat, au nom de la commission, par M. Delsol.

CHAPITRE III

EXAMEN DE LA PROPOSITION DE LOI ADOPTÉE PAR LE SÉNAT LE 9 MARS 1877

Examinons maintenant comment ont été réglés les droits successoraux de l'époux survivant par la proposition de loi adoptée par le Sénat, les objections qui peuvent s'élever, et indiquons aussi les solutions qui nous semblent préférables sur les points discutés.

§ I. — *Opportunité de cette réforme.*

La Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris et plusieurs autres, dans l'examen qu'elles firent de la proposition de M. Delsol, la repoussèrent, sous prétexte qu'elle était inopportune et dangereuse à cause des bouleversements législatifs qu'elle devait, à leurs yeux, entraîner. Nous ne croyons pas que ce reproche soit mérité. Il ne s'agit pas, en effet, d'ébranler, comme on l'a dit, l'édifice de notre législation si sage, en ce point surtout des successions, que les législations étrangères se sont empressées de s'inspirer sur ce sujet des dispositions de notre Code civil. La proposition adoptée par le Sénat porte sur un

Digitized by Google

point spécial, et ne vient rien changer qu'un article du Code. La modification dont il s'agit n'intéresse principalement qu'un successible, et si ses droits méconnus sont enfin consacrés, ceux des autres successibles sont toujours régis par les mêmes principes, et ne subissent aucune atteinte, au point de vue de la propriété et de la dévolution définitive des biens dans les familles. Serions-nous donc condamnés à ne pas améliorer une œuvre, admirable certes dans son ensemble, mais qui, comme toutes les œuvres humaines, renferme des imperfections que nous montre chaque jour l'expérience? Nous ne le pensons pas, et nous ne pouvons qu'applaudir aux tentatives qui ont été faites pour combler une des lacunes les plus regrettables de notre Code.

§ II. — *Caractères du droit de l'époux survivant.*

Le Sénat a pensé et à juste titre, selon nous, que le conjoint survivant ne devait pas avoir la qualité d'héritier et la saisine qui en dépend.

Malgré les arguments qu'on pourrait tirer, pour lui conférer le titre d'héritier, des dispositions de l'ancien droit, il ne faut pas déroger à cette règle que la consanguinité seule fait des héritiers. D'ailleurs si cette qualité d'héritier permettait au conjoint de ne pas demander la délivrance de son usufruit aux héritiers du sang, elle l'exposerait à payer les dettes de la succession *ultra vires*, et le bénéfice qu'il retirerait de sa nouvelle qualité serait compensé par des dangers qu'il vaut mieux lui éviter.

Digitized by Google

Mais le Sénat a fait surtout œuvre de sagesse en refusant au conjoint le titre d'héritier à réserve. Il faut permettre à l'époux qui prédécède de régler à sa guise la situation de celui qui va lui survivre. Il faut qu'il puisse lui enlever tout droit à sa succession, s'il a de justes sujets de mécontentement contre lui, ou s'il estime que sa fortune personnelle doit lui suffire. D'ailleurs la quotité disponible chez nous n'est pas déjà si grande qu'on puisse encore la restreindre par une réserve nouvelle. On pourrait craindre enfin que la création d'une réserve n'entraînât des spéculations dans le mariage.

§ III. — *De l'objet et de la quotité du droit de l'époux survivant.*

Nous venons de dire les répugnances que nous éprouverions à la pensée de voir attribuer à l'époux la qualité d'héritier. Cette qualité aurait entraîné l'attribution de droits de propriété, et cette nouvelle conséquence n'est pas une de celles qui fassent le moins d'impression sur notre esprit. Il y a en effet un grand principe qui a présidé à la confection de notre Code, et qui répond aux sentiments les plus respectables de la nature humaine, c'est le principe de la conservation des biens dans la famille. Que deviendrait-il, si on faisait passer dans la famille de l'époux survivant, qui n'est pas rattaché au défunt par les liens du sang, les biens qui viennent des ancêtres de ce dernier ? N'est-ce pas assez que cette consequence se produise lorsque la fatalité a fait disparaître les parents jusqu'au douzième degré ?

Digitized by Google

Mais l'attribution d'un usufruit soulève des objections qui ont bien leur valeur. La science économique voit un obstacle au développement de la richesse publique dans les entraves qu'un droit d'usufruit met à la libre circulation des biens. Nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître le bien fondé de cette observation. Mais l'inconvénient signalé ne doit pas nous faire rejeter une disposition, qui est seule de nature à assurer une position décente au conjoint survivant, tout en respectant le principe de la conservation des biens dans la famille. D'ailleurs le projet adopté par le Sénat permet de réparer, au moins dans certains cas, l'inconvénient signalé, puisqu'il autorise les héritiers à demander au tribunal la conversion de l'usufruit de l'époux en une rente viagère équivalente, toutes les fois qu'ils trouveront des inconvénients à cet usufruit, mais à la charge par eux de fournir, bien entendu, des sûretés suffisantes.

Quant à la quotité, il nous semble que le Sénat a bien fait de la déclarer variable, et de la modifier, selon le nombre et la qualité des héritiers du conjoint prédécédé. Les quotités qu'il a établi en distinguant ainsi, entre eux, nous semblent aussi parfaitement équitables et rationnelles.

§ IV. — *Causes de déchéance de l'usufruit du conjoint survivant.*

En outre des causes générales d'indignité qui sont prévues par l'art. 727 du Code civil, il en est trois autres spéciales à l'époux survivant, qu'il nous faut examiner : le convol, la séparation de corps et le divorce.

Digitized by Google

Le Sénat n'a admis de déchéance par suite du convol que dans le cas où il y a des enfants. Il a pensé qu'une peine de ce genre attachée au convol serait une atteinte à la liberté naturelle ; que d'ailleurs le second mariage était souvent nécessité par la position sociale, que l'art. 767 enfin, en ne prononçant pas cette déchéance, s'était implicitement prononcé contre elle. Mais il a admis, que, quand il y a des enfants, la volonté présumable du défunt est qu'il n'a jamais voulu dépouiller ses propres enfants au profit d'une famille étrangère, et il admet dans ce cas une déchéance.

On nous permettra de n'être point de l'avis de ceux qui ont adopté cette manière de voir. Nous estimons qu'il ne saurait être dans la pensée du prédécédé de laisser à son survivant des biens, qui lui permettent de contracter plus facilement un second mariage. Du reste, la famille nouvelle dans laquelle va entrer le survivant, saura bien subvenir à ses besoins, et la déchéance dont il s'agit est en harmonie avec celle que prononce l'art. 386 du Code civil contre la mère qui se remarie, en la privant de l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs.

Quant à la séparation de corps, le Sénat a distingué avec raison, si elle a été prononcée en faveur ou contre l'époux survivant.

A-t-elle été prononcée en sa faveur ? Le Sénat n'a pas cru qu'il devait lui retirer l'usufruit qu'il venait de lui accorder. Il a pensé au contraire qu'il fallait d'autant plus lui venir en aide, qu'il avait été plus malheureux, et que la dignité commandait, en cette circons-

Digitized by Google

tance plus qu'en toute autre, de lui procurer des moyens d'existence.

Si la séparation de corps a été au contraire prononcée contre lui, quoi de plus juste que de prononcer une déchéance? Le prédécédé n'a-t-il pas montré la répugnance qu'il aurait à laisser quoi que ce soit de ses biens à son conjoint, en demandant et en obtenant de vivre séparé de lui? Ne sont-ce pas des faits d'ingratitude ou d'indignité qui ont provoqué cette demande de séparation, et la loi ne doit-elle pas toujours essayer de réprimer et de punir l'ingratitude ou l'indignité?

Quant au divorce, il n'était pas encore rétabli dans nos lois, lorsque la proposition de M. Delsol fut soumise au Sénat. Mais il est certain que la dissolution du mariage étant une conséquence du divorce, on ne peut songer dans ce cas à accorder des droits de succession qui n'auraient plus de cause.

§ V. — *De la pension alimentaire.*

Le Sénat ayant pensé que le droit de l'époux survivant ne devait pas être une réserve, et ayant d'un autre côté permis au prédécédé d'épuiser tout son disponible par des dispositions entre-vifs ou testamentaires faites au profit de toutes personnes, il pouvait se faire que, par oubli du prédécédé ou par des sentiments d'animosité mal justifiée, le survivant se trouvât vieux et infirme, sans secours d'aucune sorte, en présence de la succession opulente de son conjoint, fortune que son travail et son économie avaient contribué à former, lorsqu'il était jeune et vigoureux.

Digitized by Google

Il était légitime dans ces conditions de lui accorder une pension alimentaire.

Cette mesure s'imposait d'autant plus, que la jurisprudence et les auteurs sont presque unanimes à décider que des aliments sont dus même à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Comment admettre que l'époux séparé ait droit à des aliments qui, une fois fixés, seront exigibles même contre la succession du conjoint prédécédé, tout au moins pour celui qui a obtenu la séparation de corps, tandis que le survivant, qui a passé sa vie tout entière entouré de l'affection de son conjoint, n'aurait aucun droit contre cette même succession ?

C'est à la succession que sera réclamée la pension alimentaire, pour ne pas contraindre l'époux survivant à la dure nécessité de la demander à ses enfants, s'il en a. Et c'est à l'ouverture de cette succession ou dans un délai très court que cette pension devra être demandée, liquidée et fixée d'une façon invariable, pour éviter des procès et les ennuis que des réclamations tardives pourraient susciter.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

RAPPORT DÉPOSÉ PAR M. PIOU SUR LE BUREAU DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Suivant les règlements du Sénat, la proposition, qu'il a adoptée le 9 mars 1877, a été transmise à la Chambre des Députés au nom du Sénat, une première fois, le 9 novembre 1881 par son président : M. le duc d'Audiffret-Pasquier, et une seconde fois, le 19 novembre 1885 par M. Le Royer. Mais c'est seulement pendant ces derniers mois qu'une commission chargée d'examiner cette proposition a été nommée par la Chambre des Députés (1). Elle a chosi comme rapporteur M. Piou, qui a déposé son rapport sur le bureau de la Chambre le 20 mars 1886.

Depuis cette date jusqu'à ce jour, la proposition de loi en question n'a pas encore été discutée, mais doit l'être très prochainement, si nous sommes bien renseigné.

Il nous reste à faire connaître, avant de terminer ce travail, les conclusions du rapport déposé par M. Piou, au nom de la commission dont nous avons parlé.

(1) Cette commission est composée de MM. Chantagrel, *président ;* Fernand Faure, *secrétaire ;* Bottieau, Berger (Maine-et-Loire), Durand (Ille-et-Vilaine), Suquet, Piou, Lecointre, Gomot, de La Batie, Caradec.

Digitized by Google

La commission a adopté en principe la loi votée par le Sénat, mais propose à la Chambre des Députés quelques modifications de détail.

Voici du reste le texte même de la proposition de loi modifiée par la commission :

« L'article 767 du Code civil est ainsi modifié :

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents successibles, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit.

« Le conjoint survivant qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur les biens du prédécédé, un droit d'usufruit qui est :

« D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ;

« D'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage ;

« De moitié, dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers.

« L'époux survivant n'a de droit que sur les biens laissés par son conjoint au jour de son décès ; il ne peut l'exercer au préjudice ni des réserves ni des droits de retour. Il n'est pas tenu au rapport et ne peut l'exiger. — Sur le montant de leurs droits respectifs, l'époux et les héritiers imputent les libéralités provenant du défunt directement ou indirectement.

« Jusqu'au partage définitif, ou, à défaut de partage,

Digitized by Google

dans l'année du décès, l'usufruit de l'époux survivant peut être converti en une rente viagère équivalente, sur la demande d'un ou de plusieurs héritiers, et moyennant sûretés suffisantes.

« En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse, s'il existe des descendants du défunt.

« L'article 205 du Code civil est ainsi modifié :

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

« La succession de l'époux prédécédé en doit, dans le même cas, à l'époux survivant. Le délai pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge en cas de partage, jusqu'à son achèvement. Le conjoint survivant ne peut jamais demander d'augmentation de pension. »

Comme on le voit, par la lecture du texte que nous venons de donner, les modifications assez nombreuses proposées par la commission ne sont guère que des modifications de détail. On peut les résumer de la façon suivante :

I. — La commission propose d'ajouter au paragraphe 2 de la proposition adoptée par le Sénat les mots *non divorcé*. Cette modification s'impose en effet, depuis que le divorce a été rétabli dans nos lois. Il est certain, comme nous l'avons déjà fait observer, qu'après le divorce, on ne saurait concevoir de droits successoraux entre personnes qui ne sont plus unies par aucun lien.

II.— Dans le paragraphe 3, la commission dans le but de simplifier et d'abréger la rédaction du Sénat, vise la

Digitized by Google

déchéance résultant de la séparation de corps, à laquelle le Sénat avait consacré un paragraphe spécial.

III. — Elle propose une rédaction nouvelle du paragraphe 7 du projet du Sénat qui lui semble présenter quelque obscurité, surtout au point de vue de la question de savoir si l'époux survivant avait droit au rapport et y était tenu.

IV. — La modification, qui résulte de la suppression du paragraphe 8 du projet du Sénat, est plus importante. Le Sénat avait pensé qu'il était bon, lorsque le défunt laisse des ascendants dans une ligne et des collatéraux non privilégiés dans l'autre, de faire primer l'usufruit de l'ascendant qui est du tiers par celui de l'époux survivant qui est de moitié. Il est certain que cette disposition aurait eu pour résultat de réduire le plus souvent à néant l'usufruit de l'ascendant. On pourrait la justifier, il est vrai, par cette considération, que la loi cherche bien moins à assurer à l'ascendant un usufruit sur lequel il n'a pas dû compter, qu'à sauvegarder le principe de la conservation des biens dans la famille, but qu'elle atteint en attribuant la nue-propriété aux ascendants. Mais la commission appelée à choisir entre l'époux, les ascendants et les collatéraux non privilégiés, a pensé que ces derniers, étant les plus éloignés dans l'ordre de la parenté et probablement de l'affection, étaient aussi les moins dignes de faveur et a décidé que l'usufruit de l'époux et celui des ascendants s'exerceraient en concours sur la moitié, que l'article 753 attribue aux collatéraux non privilégiés. Nous ne saurions l'en blâmer.

Digitized by Google

V. — La commission a cru devoir fixer un délai dans lequel pourra être exercée la faculté laissée aux héritiers de faire convertir en rente viagère l'usufruit du survivant. Elle a vu en effet de graves inconvénients à rendre indéfiniment incertaine la situation de l'époux, en l'exposant toute sa vie aux caprices d'héritiers peu bienveillants, et propose, non sans raison à notre avis, de ne leur permettre d'exercer leur droit de conversion que jusqu'au partage définitif, ou à défaut de partage, dans l'année du décès.

VI. — La commission a adouci la disposition du projet du Sénat en ce qui concerne la déchéance relative au convol. A ses yeux il ne suffit pas que le défunt ait laissé des enfants pour encourir cette déchéance, il faut encore qu'ils soient vivants au moment du convol. Nous avons indiqué les critiques que nous inspirait à cet égard la proposition de loi votée par le Sénat dans l'examen que nous en avons fait.

VII. — Elle a supprimé le paragraphe 12 du projet du Sénat qui déclare que le conjoint ne recueillera pas d'usufruit, quand ses droits auront été réglés soit par contrat de mariage, soit par donation, soit par testament. Cette disposition lui a paru inconciliable avec celle qui impose au survivant des époux d'imputer sur le montant de ses droits, les libéralités qu'il a reçues du défunt directement ou indirectement. Il est difficile en effet de concevoir comment l'époux aurait à imputer sur ses droits d'usufruit les libéralités que le défunt lui aurait faites directement, si toute libéralité reçue de ce dernier lui faisait perdre ses droits d'usufruit ? « La contradiction

Digitized by Google

n'existât-elle pas, nous nous refuserions encore, ajoute le rapport de M. Piou, à voir dans un testament, peut-être ancien, dans une donation, si minime qu'elle soit, dans un contrat de mariage passé vraisemblablement à l'insu des époux, la preuve que le défunt a entendu restreindre les droits de son conjoint à la part que lui font, ou ce testament, ou cette donation, ou ce contrat de mariage. Bien des années ont pu s'écouler depuis la confection de ces actes. L'époux s'est peut-être créé des titres nouveaux à l'affection de son conjoint. Qui ne comprend d'ailleurs qu'il suffit d'attacher une semblable déchéance à un contrat de mariage pour la provoquer presque fatalement ? Une libéralité insignifiante, destinée « à régler par avance les droits des époux », deviendra une clause de style dans des actes où les familles apportent souvent, avec des préoccupations exclusives, le désir de protéger leurs enfants contre eux-mêmes. »

VIII. — Quant à la pension alimentaire, la commission a adopté aussi les principes posés par le Sénat. Elle a cru cependant devoir y apporter quelques modications de détail. C'est ainsi qu'elle propose d'inscrire cette obligation alimentaire non pas dans l'art. 767, mais dans l'art. 205 du Code civil, dans la pensée que cette modification trouvera mieux là sa place. Elle propose aussi de supprimer dans le projet du Sénat la phrase dans laquelle il est dit que les aliments seront réglés eu égard *au nombre et à la qualité des héritiers*, et de la remplacer par une phrase qui indique que la mesure de cette dette doit se trouver *dans les besoins du créan-*

Digitized by Google

cier et les ressources du débiteur, et non dans le nombre et la qualité des héritiers. C'est ainsi encore qu'elle proroge, en cas de partage, jusqu'à son entier achèvement, le délai dans lequel l'époux survivant pourra réclamer sa pension, car il peut arriver que la situation de l'époux ne soit définitivement fixée qu'à ce moment.

Nous en avons fini avec notre tâche. Qu'il nous soit permis, en terminant, de formuler le vœu de voir la Chambre des Députés discuter bientôt et adopter enfin « une réforme qui réalisera, ainsi que l'écrit M. Piou en terminant son rapport, un progrès hautement réclamé par l'opinion ; mettra notre législation en harmonie avec les traditions de notre ancienne jurisprudence, avec l'esprit de plusieurs lois récentes, et, ce qui importe plus encore, avec des principes de justice trop longtemps méconnus. »

FIN

Digitized by Google

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Dans le contrat d'échange, les risques de la chose sont à la charge du débiteur. (Sic : Celsus, L. 16, D., XII, 4. — Contra : Paulus, L. 5, § 1, D., XIX, 5.)

II. — La loi 68, D., *De rei vindicat.*, VI, 1, n'a pas subi d'interpolation. (Sic : Cicéron, *in Verrem*, II, 12 ; Paul, L. 58, D., VI, 1; Ulpien, L. 9, D., VI, 1.)

III. — On doit s'appliquer pour distinguer la solidarité de la corréalité à la manière dont la dette a été contractée et non à la nature de l'action qui sanctionne cette dette.

IV. — Lorsqu'une personne, qui pouvait obtenir la cession d'actions, a négligé de la demander, il a été admis, par les progrès de la jurisprudence, qu'elle obtiendrait une action utile. (Sic : L. 1, § 13, D., XVII, 3 ; L. 16, D., II, 14 ; L. 2, C., VIII, 40 ; L. 45, § 9, D., XLIX, 14. — Contra : L. 76, D., XLVI, 3 ; L. 1, C., V, 58 ; L. 39, D., XLVI, 1.)

V. — Le fisc ne primait pas l'époux survivant dans le système des possessions de biens. (Contra : L. 1, C., V, 16.)

VI. — Le droit de succession, créé par Justinien, au profit de la veuve pauvre et non dotée, sur l'hérédité de son conjoint était n droit d'usufruit. (Sic : Nov. 117, c. V. — Contra : L. 8, § 7, C., *de repud*).

Digitized by Google

DROIT CIVIL

I. — Quand une donation a été faite à une femme mariée, et non transcrite, si le même bien est vendu par le donateur au mari qui a soin de faire transcrire la vente, et si ce bien est hypothéqué à un tiers par le mari, la femme mariée pourra opposer sa donation non transcrite aux créanciers hypothécaires du mari.

II. — L'enfant naturel reconnu par l'un des époux après le mariage ne peut exercer ses droits héréditaires au préjudice du conjoint survivant.

III. — La prescription de dix ans, fixée par l'art. 1304 du C. civ. pour les actions en nullité de contrat, ne s'applique pas à l'exception.

IV. — Les donations de servitudes doivent être transcrites, en vertu de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855.

V. — La transaction donne lieu à la perception d'un droit proportionnel d'enregistrement, lorsqu'elle opère changement dans la possession.

VI. — L'acceptation du remploi par la femme, quand elle se produit par acte séparé, donne lieu à la perception d'un droit proportionnel de transcription.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les communes ne doivent pas être assimilées aux mineurs ; il est inexact et dangereux de qualifier de *tutelle administrative* le droit de contrôle exercé par l'État sur les administrations communales.

Digitized by Google

II. — La loi du 5 avril 1882 et la loi municipale du 5 avril 1884 ont abrogé et écarté avec raison les dispositions législatives ou réglementaires exigeant l'adjonction au Conseil municipal des plus imposés, soit en matières d'impositions extraordinaires ou d'emprunts, soit en toutes autres matières.

SCIENCE FINANCIÈRE

I. — La constitution d'un trésor de guerre est dangereuse.

II. — Les emprunts à lots n'offrent pas les mêmes inconvénients que les loteries.

III. — Le meilleur mode d'émission d'un emprunt est la souscription publique par voie d'adjudication aux particuliers.

Vu par le président de la thèse,
G. DEMANTE.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

VU,
et permis d'imprimer :
le vice-recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION..... 1

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

PRÉLIMINAIRES..... 3

CHAPITRE I. — **Des droits de succession du conjoint survivant sous l'empire du droit civil**..... 5

SECTION I. — Condition juridique des époux pendant les premiers siècles de Rome..... 5

§ 1. — De la famille romaine..... 5

§ 2. — Du mariage et de la *conventio in manum mariti*. 7

§ 3. — Effets de la *conventio in manum mariti* sur la condition respective des époux..... 9

A. — Mariage avec *manus*..... 9

B. — Du mariage sans *manus*..... 10

SECTION II. — Droits de succession créés au profit de la femme par la *conventio in manum mariti*..... 14

§ 1. — Succession *ab intestat*..... 14

§ 2. — Succession testamentaire..... 15

SECTION III. — Absence de droits de succession pour le mari et la femme mariée *sans conventio in manum mariti*..... 17

§ 1. — Absence de droits de succession pour le mari.... 17

§ 2. — Absence de droits de succession pour la femme mariée sans *manus*..... 18

SECTION IV. — Résumé et examen du système de succession du conjoint survivant consacré par le droit civil. 18

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE II. — **Des droits de succession du conjoint survivant sous l'empire du droit prétorien.** 22

SECTION I. — Changements survenus dans la condition des époux 22

§ 1. — Désorganisation de la famille..... 22

§ 2. — Désuétude de la *manus*..... 23

SECTION II. — Changements survenus dans la législation. — Des *bonorum possessiones*..... 26

SECTION III. — De la *bonorum possessio unde vir et uxor*..... 27

§ 1. — Du droit de succession réciproque entre époux établi par cette *bonorum possessio*..... 27

§ 2. — Du rang dans lequel est appelé le conjoint survivant..... 29

SECTION IV. — Examen de ce système de succession prétorienne 32

CHAPITRE III. — **Du droit de succession entre époux dans le Bas-Empire**..... 33

SECTION I. — Changements survenus dans la condition des époux sous l'influence des idées chrétiennes... 33

SECTION II. — Réformes opérées au Bas-Empire quant aux droits successoraux entre époux..... 35

§ 1. — Réformes antérieures aux novelles de Justinien.. 35

§ 2. — Réformes opérées par les novelles de Justinien... 37

SECTION III. — La novelle de Léon le Philosophe..... 47

SECTION IV. — Résumé et examen du droit successoral au Bas-Empire..... 49

CHAPITRE IV. — **De la dot et de l'influence du mariage sur les libéralités entre-vifs ou testamentaires.** 51

SECTION I. — De la dot..... 52

§ 1. — De la dot profectice..... 52

§ 2. — De la dot adventice..... 53

§ 3. — De la dot réceptice..... 54

SECTION II. — Des donations entre époux..... 54

SECTION III. — Des libéralités testamentaires entre époux..... 57

SECTION IV. — Influence des lois caducaires, de l'édit *de alterutro* et des seconds mariages sur les gains de survie..... 58

§ 1. — Lois caducaires..... 58

§ 2. — Edit *de alterutro*..... 61

§ 3. — Seconds mariages..... 61

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE V. — **Résumé et examen du droit successoral entre époux en droit romain**..... 64

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES..... 69

LIVRE PREMIER

PAYS DE DROIT ÉCRIT

GÉNÉRALITÉS..... 71

TITRE I. — DES DIVERS GAINS DE SURVIE..... 73

CHAPITRE I. — **De la dot, de l'augment et du contre-augment de dot**..... 73

SECTION I. — De la dot..... 73

SECTION II. — De l'augment de dot..... 73

§ 1. — De sa nature..... 74

§ 2. — Des pays où il était en usage..... 75

§ 3. — Des diverses sortes d'augments et de leur quotité. 75

A. — Augment légal ou coutumier..... 75

B. — Augment préfix ou conventionnel..... 80

SECTION III. — Du contre-augment..... 82

§ 1. — De son origine..... 82

§ 2. — Des diverses sortes de contre-augment..... 83

A. — Contre-augment coutumier..... 83

B. — Contre-augment conventionnel..... 85

§ 3. — Règles communes aux deux sortes de contre-augment..... 85

CHAPITRE II. — **Des bagues et joyaux**..... 86

SECTION I. — Nature de ce gain de survie..... 86

SECTION II. — Des diverses sortes de bagues et joyaux..... 87

§ 1. — Bagues et joyaux coutumiers..... 87

§ 2. — Bagues et joyaux conventionnels..... 88

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE III. — **Du trousseau** 90
CHAPITRE IV. — **Du deuil** 91
CHAPITRE V. — **Du droit de viduité** 93
CHAPITRE VI. — **Du droit d'habitation** 94
CHAPITRE VII. — **De la virile** 95
CHAPITRE VIII. — **Quarte du conjoint pauvre** 96
CHAPITRE IX. — **Droits de succession de l'époux survivant à défaut d'enfants et de parents** 100
CHAPITRE X. — **Des gains nuptiaux et de survie particuliers à certains pays** 101
SECTION I. — Des gains nuptiaux en Alsace 101
§ 1. — Du droit de dévolution 102
§ 2. — Coutume de Ferrète 103
§ 3. — Dons des habits, hardes, linges et joyaux 103
§ 4. — Du morgengabe 103
SECTION II. — Des donations de survie 104
SECTION III. — Des gains nuptiaux en Roussillon 105
SECTION IV. — Droit particulier à Toulouse 107
SECTION V. — Droit particulier à Bordeaux 108
CHAPITRE XI. — **Des donations et des testaments** 108
TITRE II. — RÈGLES COMMUNES AUX DIVERS GAINS DE SURVIE. 110
CHAPITRE I. — **Règles communes à l'ouverture des divers gains de survie** 110
SECTION I. — Du statut qui réglait les gains de survie 110
SECTION II. — De l'insinuation des gains de survie 112
SECTION III. — De la caution exigée pour toucher les gains de survie 113
SECTION IV. — Influence de l'absence ou du non-payement de la dot sur les gains de survie 114
§ 1. — Du cas où la dot de la femme n'avait point été payée 114
§ 2. — Du cas où la femme n'avait point apporté de dot. 115
§ 3. — Gains de survie du mari 116
SECTION V. — Influence de la légitime des enfants sur les gains de survie 117
SECTION VI. — Des cas où les gains de survie pouvaient s'ouvrir du vivant de l'autre conjoint 117

Digitized by Google

Pages

SECTION VII. — De l'exigibilité des gains de survie et de leurs intérêts 119

CHAPITRE II. — **Droits des conjoints, des enfants et des créanciers, sur les divers gains de survie** 120

SECTION I. — Droits des conjoints 120

SECTION II. — Droits des enfants 121

SECTION III. — Droits des créanciers 122

CHAPITRE III. — **Des préférences, hypothèques ou privilèges qui entouraient les gains de survie. et de leur prescription** 123

CHAPITRE IV. — **Des causes qui faisaient perdre les gains de survie** 125

CHAPITRE V. — **Influence de l'édit des secondes noces sur les gains de survie** 126

TITRE III. — RÉSUMÉ ET EXAMEN DES DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT. 129

LIVRE II

PAYS COUTUMIERS

GÉNÉRALITÉS 131

TITRE I. — DROITS SUCCESSORAUX *ab intestat* PROPREMENT DITS 132

CHAPITRE I. — **Du douaire** 132

SECTION I. — Caractère et nature du douaire 132

§ 1. — De sa nature 132

§ 2. — Des femmes auxquelles il était dû 133

§ 3. — Des diverses sortes de douaires 134

SECTION II. — Composition du douaire 135

§ 1. — Du douaire coutumier 135

A. — Des biens sur lesquels il portait 135

B. — De sa quotité 135

§ 2. — Du douaire conventionnel 136

A. — Des biens sur lesquels il portait 136

B. — De sa quotité 137

Digitized by Google

Pages

SECTION III. — Des effets du douaire..... 137

§ 1. — De l'ouverture du douaire..... 137

§ 2. — De la façon dont la femme était saisie de son douaire..... 138

§ 3. — Des actions auxquelles donnait lieu l'ouverture du douaire..... 140

§ 4. — De l'usufruit de la douairière..... 141

SECTION IV. — De l'extinction et de la perte du douaire..... 143

SECTION V. — Du douaire des enfants..... 143

CHAPITRE II. — Du droit d'habitation, du deuil et de la reprise des linges et hardes..... 144

SECTION I. — Du droit d'habitation..... 144

§ 1. — Habitation coutumière..... 144

§ 2. — Habitation conventionnelle..... 147

SECTION II. — Du deuil..... 147

SECTION III. — Des linges et hardes..... 148

CHAPITRE III. — Droits de succession de l'époux survivant à défaut d'enfants et de parents..... 149

TITRE II. — DES AUTRES AVANTAGES QUE LA COMMUNAUTÉ OU LE MARIAGE CRÉAIT ENTRE LES ÉPOUX..... 152

CHAPITRE I. — Droits de succession résultant de la communauté..... 152

SECTION I. — Droits légaux..... 153

§ 1. — Préciput légal des nobles..... 153

§ 2. — De la dévolution..... 154

§ 3. — De l'entravetissement..... 155

SECTION II. — Droits conventionnels..... 156

CHAPITRE II. — Des donations et des testaments entre époux..... 157

TITRE III. — INFLUENCE DES SECONDS MARIAGES SUR LES DROITS SUCCESSORAUX DES ÉPOUX..... 160

TITRE IV. — RÉSUMÉ ET EXAMEN DES DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS COUTUMIERS..... 162

Digitized by Google

TROISIÈME PARTIE

DROIT MODERNE FRANÇAIS

Pages

PRÉLIMINAIRES..... 165

LIVRE PREMIER

LE CODE CIVIL

TITRE I. — LOIS ANTÉRIEURES AU CODE ET TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE..... 167

CHAPITRE I. — **Abolition des gains de survie par la loi du 17 nivôse an II**..... 167

CHAPITRE II. — **Travaux préparatoires du Code civil**..... 172

TITRE II. — SYSTÈME DU CODE CIVIL QUANT AUX DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX..... 176

CHAPITRE I. — **Droits de viduité**..... 177

SECTION I. — De la reprise des linges et hardes..... 177

SECTION II. — Du deuil de la veuve..... 181

SECTION III. — De la nourriture et de l'habitation..... 182

CHAPITRE II. — **Droits successoraux du conjoint survivant à défaut d'enfants et de parents**..... 184

SECTION I. — Du rang de l'époux survivant..... 185

SECTION II. — De la cause de la vocation de l'époux..... 187

SECTION III. — Des effets de cette vocation..... 189

CHAPITRE III. — **Gains conventionnels de survie**..... 200

SECTION I. — Des conventions matrimoniales..... 201

§ 1. — Préciput conventionnel..... 202

§ 2. — De l'assignation de parts inégales..... 203

§ 3. — Du forfait de communauté..... 204

§ 4. — De l'attribution au survivant de tous les bénéfices de la communauté..... 205

Digitized by Google

Pages

SECTION II. — De l'imputation de la dot des enfants sur la succession du prédécédé..... 206

SECTION III. — Des donations par contrat de mariage entre les futurs époux..... 207

SECTION IV. — Des donations entre époux pendant le mariage... 208

SECTION V. — Du testament entre époux..... 209

SECTION VI. — De la quotité disponible entre époux..... 209

§ 1. — Le disposant ne laisse ni ascendants ni descendants..... 209

§ 2. — Le disposant meurt sans enfants, laissant un ou plusieurs ascendants..... 210

§ 3. — Le disposant laisse un ou plusieurs descendants issus de son mariage avec la personne à laquelle il a fait des libéralités..... 210

§ 4. — De la quotité disponible entre époux, lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage..... 213

§ 5. — Sanction des dispositions qui précèdent..... 21 ;

TITRE III. — EXAMEN ET CRITIQUE DU SYSTÈME DU CODE CIVIL... 219

LIVRE II

LOIS POSTÉRIEURES AU CODE ET LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

TITRE I. — LOIS POSTÉRIEURES AU CODE..... 233

CHAPITRE I. — Du droit des veuves sur les majorats..... 233

CHAPITRE II. — Du droit de l'époux survivant sur la propriété littéraire et artistique..... 237

CHAPITRE III. — Du droit des veuves aux pensions civiles et militaires..... 244

CHAPITRE IV. — Des droits successoraux du conjoint d'un déporté..... 252

TITRE II. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES..... 255

Digitized by Google

LIVRE III

TENTATIVES LÉGISLATIVES FAITES POUR AMENER UNE RÉFORME AU SYSTÈME DU CODE CIVIL QUANT AUX DROITS SUCCESSORAUX ENTRE ÉPOUX

Pages

CHAPITRE I. — **Proposition de loi de 1851** 267

CHAPITRE II. — **Proposition de loi de M. Delsol** 268

CHAPITRE III. — **Examen de la proposition de loi adoptée par le Sénat, le 9 mars 1877** 277

§ 1. — Opportunité de cette réforme 277

§ 2. — Caractères du droit de l'époux survivant 278

§ 3. — De l'objet et de la quotité du droit de l'époux survivant 279

§ 4. — Causes de déchéance de l'usufruit du conjoint survivant 280

§ 5. — De la pension alimentaire 282

CHAPITRE IV. — **Rapport de M. Piou** 284

POSITIONS 291

Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19 Chaussée-d'Antin, (A. Daroy Dr). 7806-6.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin. (A. Dubuy Dr).

Digitized by Google

Digitized by Google

Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin. (A. Dubuy Dr).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google